

Die Sachmängelgewährleistung in der Vertragsgestaltung

insbesondere durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
Andreas Schirmmacher
von Schaffhausen

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Wolfgang Ernst
und
Prof. Dr. Ruth Arnet

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 7. März 2018

Die Dekanin: Prof. Dr. Brigitte Tag

(www.zb.uzh.ch)

Vorwort

Mein Dank geht an meinen Doktorvater Prof. Dr. Wolfgang Ernst, der mich bei der Erarbeitung meiner Dissertation betreut und mich stets ermutigt hat, einen Schritt weiter zu denken. Prof. Dr. Ruth Arnet gilt mein Dank für die Zweitbegutachtung.

Ein ganz besonderer Dank gebührt meiner Familie, die mich in meinem Vorhaben stets bestärkt hat. Ohne sie wäre ich nicht da, wo ich heute bin. Ihr sei diese Arbeit gewidmet.

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXIII
Einleitung	1

Erster Teil: Art. 8 UWG im Kontext der europäischen Entwicklungen.....3

§ 1 Begriff und Funktion von AGB.....	5
§ 2 AGB-Recht in Europa.....	12

Zweiter Teil: AGB-Kontrolle nach schweizerischem Recht49

§ 3 Einleitende Bemerkungen.....	51
§ 4 Geltungskontrolle	54
§ 5 Auslegungskontrolle.....	63
§ 6 Die offene Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG	72

Dritter Teil: Vertragliche Regelungen kaufrechtlicher Sachmängelgewährleistung..... 103

§ 7 Die Sachmängelgewährleistung im Kaufrecht	105
§ 8 Vertragliche Regelungen zur Sachmängelgewährleistung	149

Vierter Teil: Schlussbetrachtung	177
§ 9 Zusammenfassung und Ergebnisse.....	179

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXIII
Einleitung	1

Erster Teil: Art. 8 UWG im Kontext der europäischen Entwicklungen.....3

§ 1 Begriff und Funktion von AGB..... 5

I. Begriff.....	5
1. Vertragsbedingungen.....	5
2. Vorformulierung zwecks mehrfacher Verwendung	6
3. Kritik an der Mehrfachverwendungsabsicht	7
4. Sonderfall: Drittbedingungen	8
II. Funktion.....	8
1. Rationalisierungsfunktion.....	8
2. Spezialisierungsfunktion	9
3. Funktion der Intressendurchsetzung	9
III. Notwendigkeit einer AGB-Kontrolle	10

§ 2 AGB-Recht in Europa..... 12

I. Europäisches Richtlinienrecht und Softlaw zum Thema Inhaltskontrolle	12
1. Richtlinie 93/13/EWG	12
1.1 Anwendungsbereich	13
1.2 Missbrauchskontrolle	16
a Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten	17
b Zum Nachteil des Verbrauchers	19
c Verstoss gegen Treu und Glauben.....	19

1.3 Klauselkatalog	20
1.4 Rechtsfolgen und Überprüfung von Amtes wegen.....	23
1.5 Fehlgeschlagene Novellierung der Klauselrichtlinie und die Auswirkungen auf Folgeprojekte	24
2. Principles of European Contract Law (PECL) und Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles – ACQP)	24
2.1 PECL	24
2.2 ACQP	26
2.3 Fazit	29
3. Draft Common Frame of Reference (DCFR)	29
3.1 B2c-Verträge	30
3.2 C2c-Verträge	32
3.3 B2b-Verträge	33
3.4 Klauselkatalog	34
3.5 Fazit	34
4. Vorschlag für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht (CESL)	35
4.1 B2c-Verträge	37
4.2 B2b-Verträge	40
4.3 Aktueller Stand des Gesetzgebungsverfahrens.....	41
5. Fazit	42
II. Art. 8 UWG als autonom nachvollzogenes Unionsrecht?	43
1. Wortlaut der Bestimmung	45
2. Autonomer Nachvollzug aufgrund wirtschaftlicher Interessen	45
3. Autonomer Nachvollzug aufgrund ausdrücklichen gesetzgeberischen Willens.....	46
4. Fazit	48

Zweiter Teil: AGB-Kontrolle nach schweizerischem Recht49

§ 3 Einleitende Bemerkungen.....	51
I. Dualismus der AGB-Kontrolle.....	51
1. Offene und verdeckte Inhaltskontrolle	51
2. Konkrete und abstrakte Inhaltskontrolle	52
II. Kontrollstufen und –abfolge.....	53
§ 4 Geltungskontrolle	54
I. Geltungsvoraussetzungen	54

1. AGB-Hinweis	55
2. Zugänglichkeitsregel	57
II. Geltungshindernisse	58
1. Verstoss gegen zwingendes Recht.....	58
2. Vorrang der Individualabrede.....	59
3. Ungewöhnlichkeitsregel	60
3.1 Konsensmangel.....	60
3.2 Verdeckte Inhaltskontrolle	61
4. Exkurs: AGB-Kollision «battle of (the) forms».....	62
§ 5 Auslegungskontrolle.....	63
I. Restriktionsprinzip	63
II. Subjektive oder objektive Auslegung?.....	64
1. Bisherige Lehre und Rechtsprechung.....	64
2. Objektive Auslegung von AGB.....	67
III. Unklarheitsregel	68
1. Im Zweifel gegen den Verwender – <i>in dubio contra proferentem</i>	68
2. Kundenfeindlichste Auslegung als günstigste Variante	69
3. Sonderfall: Drittgestellte AGB	71
IV. Fazit	72
§ 6 Die offene Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG	72
I. Allgemeines.....	72
II. Rechtsnatur	73
III. Anwendungsbereich	75
IV. Tatbestandsvoraussetzungen	76
1. Vorbemerkung zur Auslegung	76
1.1 Grammatikalische Auslegung.....	76
1.2 Systematische Auslegung.....	77
1.3 Historische Auslegung.....	78
1.4 Teleologische Auslegung	79
1.5 Rechtsvergleichende Aspekte.....	79
2. Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen	79
3. Zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten	80
3.1 Persönlicher oder familiärer Gebrauch.....	80
3.2 Das Kriterium des üblichen Verbrauchs.....	80
3.3 Sonderfall: Dual-use-contracts	82

3.4 Keine Anwendung auf juristische Personen	83
3.5 Das Kriterium der Nachteiligkeit	87
4. Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten	87
4.1 Erhebliches Missverhältnis	88
a Feststellung des Missverhältnisses	88
b Kritik am dispositiven Recht als Referenzmassstab	89
c Kriterium der Erheblichkeit	91
4.2 Ungerechtfertigtes Missverhältnis	94
a Verstoss gegen Treu und Glauben	94
b Kompensation nachteiliger Klauseln mit vorteilhaften Bestimmungen	95
V. Rechtsfolgen	97
1. Nichtigkeit der betroffenen Klausel	97
2. Besondere Klagerechte des UWG	98
VI. Exkurs: Schweizer Obligationenrecht 2020 (OR 2020)	100

Dritter Teil: Vertragliche Regelungen kaufrechtlicher Sachmängelgewährleistung..... 103

§ 7 Die Sachmängelgewährleistung im Kaufrecht	105
I. Einleitende Bemerkungen	105
II. Anwendungsbereich der Sachmängelgewährleistung	105
1. Beim Spezialeskauf	105
2. Beim Gattungskauf	106
III. Allgemeine Gewährleistungsvoraussetzungen	108
1. Sachmangel – Fehlerbegriff	108
1.1 Körperliche und rechtliche Mängel	109
1.2 Fehlen zugesicherter Eigenschaften	109
2. Vorliegen des Sachmangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs	111
3. Unkenntnis des Käufers von der Mangelhaftigkeit	111
4. Rechtzeitige Mängelrüge	112
4.1 Prüfungsobliegenheit	112
4.2 Rügeobliegenheit	112
4.3 Folgen verspäteter Mängelrüge	113
5. Keine Freizeichnung	114

IV. Rechtsfolgen	114
1. Wahlrecht (Art. 205 f. OR).....	114
1.1 Rechtsnatur	115
1.2 Nachträgliche Änderung der getroffenen Wahl.....	117
2. Das Recht auf Wandelung (und Anspruch auf Schadenersatz)	118
2.1 Wirkungsweise	118
2.2 Schadenersatz neben der Wandelung	119
3. Das Recht auf Minderung (und Anspruch auf Schadenersatz)	121
3.1 Wirkungsweise	121
3.2 Schadenersatz neben der Minderung.....	122
4. Das Recht auf Ersatzlieferung (und Anspruch auf Schadenersatz).....	123
4.1 Wirkungsweise	123
4.2 Schadenersatz neben der Ersatzlieferung	124
5. Das Recht auf Nachbesserung	124
5.1 Kein gesetzliches Nachbesserungsrecht	124
5.2 Wirkungsweise	125
5.3 Schadenersatz neben der Nachbesserung	126
V. Alternative Rechtsbehelfe zur Sachmängelgewährleistung	127
1. Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung	127
2. Irrtumsanfechtung.....	128
2.1 Grundlagenirrtum beim Spezieskauf.....	128
2.2 Kritik an der alternativen Irrtumsanfechtung	129
2.3 Kumulation, Alternativität oder Exklusivität?.....	129
a Keine Kumulation.....	130
b Exklusive Anwendbarkeit der Sachmängelgewährleistungsvorschriften	130
2.4 Kein ius variandi.....	131
2.5 Keine Irrtumsanfechtung bei gültiger Freizeichnungsklausel	132
3. Schadenersatz aus unerlaubter Handlung	132
4. Haftung aus Produkthaftpflicht.....	133
VI. Die Verjährung von Ansprüchen aus Sachmängelgewährleistung	133
1. Grundsätzliches zum Thema Verjährung	133
1.1 Bedeutung	133
1.2 Zweck	134
1.3 Voraussetzungen.....	135
a Verjähbare Forderung	135
b Ablauf der Verjährungsfrist.....	135

1.4 Abänderung von Verjährungsfristen	136
1.5 Verjährungsbeginn	138
1.6 Fristberechnung	138
2. Besondere Verjährungsregeln im Bereich der Sachmängelgewährleistung 139	
2.1 Grundsatz – zweijährige Verjährungsfrist.....	140
a Zweck der zweijährigen Verjährungsfrist	140
b Fristbeginn.....	141
c Hemmung und Unterbrechung	141
2.2 «Baumaterialien» – fünfjährige Verjährungsfrist.....	142
a Zweck der fünfjährigen Verjährungsfrist	142
b Voraussetzungen der fünfjährigen Verjährungsfrist.....	143
c Sonderfall: Bauhandwerker und Bauherr in einer Person	147
2.3 Kulturgüter – doppelte Verjährungsfrist.....	148
§ 8 Vertragliche Regelungen zur Sachmängelgewährleistung.....	149
I. Einleitende Bemerkungen	149
II. Individualvereinbarung.....	149
1. Ungültige Freizeichnung bei arglistigem Verschweigen von Gewährsmängeln	150
2. Ungültige Freizeichnung für zugesicherte Eigenschaften	152
3. Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit ?	153
4. Ungültige Verkürzung der Verjährungsfrist in b2c-Verträgen	155
4.1 Zwingende Mindestverjährungsfristen nach Art. 210 Abs. 4 OR	155
4.2 Persönlicher Anwendungsbereich	155
4.3 Sachlicher Anwendungsbereich	156
4.4 Rechtsfolge bei unzulässiger Verkürzung	158
5. Verkürzung der Verjährungsfrist in b2b- und c2c-Verträgen	158
5.1 Keine Anwendbarkeit von Art. 210 Abs. 4 OR.....	158
5.2 Rechtsfolge bei unzulässiger Verkürzung	159
6. Verlängerung der Verjährungsfrist.....	160
7. Wegbedingung der Sachmängelgewährleistung.....	160
7.1 In b2b- und c2c-Verträgen.....	160
7.2 In b2c-Verträgen – Verhältnis von Art. 210 Abs. 4 zu Art. 199 OR..	160
a Grammatikalische Aspekte	160
b Systematische und historische Aspekte	161
c Fazit	162
III. Allgemeine Geschäftsbedingungen	163

1. Wegbedingung der Sachmängelgewährleistung in b2b-Verträgen	165
2. Wegbedingung der Sachmängelgewährleistung in b2c- und c2c-Verträgen 165	
2.1 Feststellung des erheblichen Missverhältnisses	165
2.2 Kompensation durch Gewährung eines Nachbesserungsrechts	166
2.3 Kompensation mittels Garantieverprechen	168
2.4 Rechtsfolge bei ungenügender Kompensation	170
2.5 Teilweise Wegbedingung – Ausschluss einzelner Wahlrechte	170
3. Verkürzung der Verjährungsfrist in b2b-Verträgen	171
4. Verkürzung der Verjährungsfrist in b2c-Verträgen	172
4.1 Zwingende Mindestverjährungsfrist bei neuen Sachen	172
4.2 Verkürzung bei gebrauchten Sachen	173
a Feststellung des erheblichen Missverhältnisses	173
b Kompensation auf der Ebene der zeitlichen Risikobeschränkung	173
c Rechtsfolgen bei ungenügender Kompensation	174
5. Verkürzung der Verjährungsfristen in c2c-Verträgen	174
6. Einzelfragen	175
6.1 Genehmigung des Mangels infolge Weitergebrauchs	175
6.2 Vereinbarung des Ersatzlieferungsrechts zugunsten des Verkäufers beim Distanzkauf	175
Vierter Teil: Schlussbetrachtung	177
§ 9 Zusammenfassung und Ergebnisse	179
I. Art. 8 UWG im Kontext der europäischen Entwicklungen	179
II. AGB-Kontrolle nach schweizerischem Recht	180
III. Vertragliche Regelungen kaufrechtlicher Sachmängelgewährleistung	182

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
ACQP	Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (in der konsolidierten Fassung der Bekanntmachung im ABl. Nr. C 115 vom 9.5.2008 S. 47–200)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	[deutsches] Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 2000; ausser Kraft seit 1. Januar 2002)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
Anh.	Anhang
Anwaltsrevue	Anwaltsrevue, Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes (Bern)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
aUWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (Stand am 1. April 2012; ausser Kraft seit 1. Juli 2012)
AVO	Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung) vom 9. November 2005 (Stand am 1. Januar 2016; SR 961.011)
b2b	business-to-business = Unternehmer-Unternehmer-Verhältnis
b2c	business-to-consumer = Unternehmer-Konsumenten-Verhältnis
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (München)
BerRK NR	Parlamentarische Initiative, Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten, Änderung von Artikel 210 OR, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 21. Januar 2011, BBl 2011, 2889–2898
BFS 2007	Bundesamt für Statistik BFS (Hrsg.), Eidgenössische Betriebszählung, Wirtschaftsstruktur, Industrie – Dienstleistungen, Schweiz – Grossregionen – Kantone, Arbeitsstätten – Beschäftigte, Neuchâtel 2007
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)

BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht/nicht publizierter Entscheid des Bundesgerichts
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
BK	Berner Kommentar
Bot.	Botschaft
Bot. KGTG	Botschaft über die UNESCO-Konvention 1970 und das Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (KGTG) vom 21. November 2001, BBl 2002, 535–621
Bot. UWG	Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009, 6151–6192
BR	Bundesrat/Bundesrätin/Baurecht (Zürich)
BSK	Basler Kommentar
BT	Besonderer Teil
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c2c	consumer-to-consumer = Konsumenten-Konsumenten-Verhältnis
CESL	Common European Sales Law = Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Anhang I der CESL-VO)
CESL-VO	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (KOM [2011] 635 endg.; 2011/0284[COD])
CHF	Schweizer Franken
CHK	Schweizer Handkommentar
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (Stand am 4. August 2016; SR 0.221.211.1)
CO	Code des obligations (s. OR)
COD	Co-decision procedure = ordentl. Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV
CR	Commentaire Romand
D.	Digesten
DCFR	Draft Common Frame of Reference, Outline Edition (2009)
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
dt.	deutsch
E.	Erwägung(en)
EC	European Community = Europäische Gemeinschaft
EG	Europäische Gemeinschaft
endg.	Endgültig
ERPL	European Review of Private Law (Dordrecht)
et al.	et alii = und andere
etc.	et cetera = und weitere

EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
euvr	Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht (Wien)
E-UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Entwurf), BBl 2009, 6193–6196
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (München)
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	und folgende Seite/n
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fussnote(n)
frz.	französisch
FS	Festschrift
gl.A.	gleicher Ansicht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (München)
GS	Gedächtnisschrift
HAVE	HAVE – Haftung und Versicherung (Zürich; siehe auch REAS)
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IATA	International Air Transport Association
i.d.R.	in der Regel
IHR	Internationales Handelsrecht, Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und Warenvertriebs (München)
insb.	insbesondere
Intr.	Introduction = einleitende Bemerkungen zum DCFR
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (Stand am 1. April 2017; SR 291)
i.S.v.	im Sinne von
ital.	italienisch
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
Jh.	Jahrhundert
Juridica Int'l	Juridica International (Tartu)
Jusletter	Jusletter (Bern)
JZ	JuristenZeitung (Tübingen)
KGTG	Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer (Kulturgütertransfergesetz) vom 20. Juni 2003 (Stand am 1. Januar 2012; SR 444.1)
KKG	Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001 (Stand am 1. Januar 2016; SR 221.214.1)
km	Kilometer

KMU	kleine und mittelgrosse Unternehmen
KOM	Legislativvorschläge der europäischen Kommission
krit.	kritisch
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale (s. UWG)
LeGes	Gesetzgebung und Evaluation, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (Bern)
lit.	litera = Buchstabe
LMK	Lindenmaier-Möhring, Kommentierte BGH-Rechtsprechung (München)
m.E.	meines Erachtens
Mio.	Millionen
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Verw.	mit weiteren Verweisen
N	Note(n), Randnote(n)/Nationalrat (auch NR)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (München)
NR	Nationalrat/Nationalrätin (auch N)
Nr.	Nummer(n)
o.	oben
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. April 2017; SR 220)
OR 2020	Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil (2013)
p2p	private-to-private (umfasst alle privaten Vertragsverhältnisse, unabhängig von b2b/b2c/c2c)
PauRG	Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993 (Stand am 1. Juli 1994; SR 944.3)
PBV	Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen vom 11. Dezember 1978 (Stand am 1. Juli 2015; SR 942.211)
PECL	Principles of European Contract Law
plaidoyer	plaidoyer, Revue juridique et politique (Lausanne)
Pra	Die Praxis (Basel)
PrHG	Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz) vom 18. Juni 1993 (Stand am 1. Juli 2010; SR 221.112.944)
Rdnr.	Randnummer(n)
REAS	REAS – Responsabilité et assurance (Zürich; siehe auch HAVE)
recht	recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Frankfurt am Main)

RL	Richtlinie
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
S	Ständerat (auch SR)
S./s.	Satz/Seite(n)/siehe
SA	Schlussanträge
s.a.	siehe auch
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJ	La Semaine judiciaire (Genf)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
Slg.	Sammlung
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts/Ständerat/Ständerätin (auch S)
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich)
s.u.	siehe unten
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
u.	und/unten
u.a.	unter anderem/und andere
UKlaG	[deutsches] Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz)
u.U.	unter Umständen
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (Stand am 1. Juli 2016; SR 241)
v.a.	vor allem
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz) vom 17. Dezember 2004 (Stand am 15. März 2016; SR 961.01)
verb.	verbunden(e)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Wertpapier Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Frankfurt am Main)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht (München)

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2017; SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Stand am 1. Januar 2017; SR 272)
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich)/Entscheidung des Zivilsenats des deutschen Bundesgerichtshofs
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung = Revue valaisanne de jurisprudence (Sion)

Literaturverzeichnis

- ACQUIS GROUP – RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (Hrsg.), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services, München 2009 (zit. Acquis Group-VERFASSENDE)
- ARNET RUTH, Bemerkungen zu BGE 126 III 59 ff., AJP 2000, 1162–1168
- ARTER OLIVER/KLABER FABIAN, Deutscher Bundesgerichtshof, Urteil vom 8. Oktober 2013 (XI ZR 401/12), AJP 2014, 1124–1129
- BAHLER KATJA, Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungenrecht, Diss. Basel 2005, Basel 2005
- BAUDENBACHER CARL, Braucht die Schweiz ein AGB-Gesetz?, ZBJV 1987, 505–531
- BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/Genf/München 2001 (zit. BAUDENBACHER, Kommentar UWG)
- BECKER HERMANN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–551, Bern 1934 (zit. BK OR-BECKER)
- BeckOK BGB-VERFASSENDE
BAMBERGER HEINZ GEORG/ROTH HERBERT (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, BGB, 42. Edition, München 2017 (zit. BeckOK BGB-VERFASSENDE)
- BÉGUELIN EDOUARD, Erlöschen der Obligationen IX, Verjährung 1, Allgemeines, SJK № 813, Stand: 1944, 1–8
- BENEDICK GILLES/VISCHER MARKUS, Vertragliche Modifikation der Verjährungsregeln im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, Jusletter 4. September 2006
- BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012
- BERGER-WALLISER GERLINDE, Missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen nach Inkrafttreten des Code de la consommation und Umsetzung der EG-Richtlinie 93/13 in Frankreich, RIW 1996, 459–463
- BERTI STEPHEN V., Obligationenrecht, [Zürcher] Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Teilbd. V 1h, Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung, Art. 127–142 OR, 3. Aufl., Zürich 2002 (zit. ZK OR-BERTI)
- BK OR/ZGB-VERFASSENDE
Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, nach den einzelnen Verfassern

im Literaturverzeichnis aufgeführt (zit. BK OR-VERFASSER bzw. BK ZGB-VERFASSER)

BORSARI ANDREAS E., Schadensabwälzung nach dem schweizerischen Produkthaftpflichtgesetz (PrHG), Diss. Zürich 1998, Zürich 1998

BROCK PATRICK, Der Schutz der Verbraucher vor missbräuchlichen Klauseln im französischen Recht, Die Bedeutung der EG-Richtlinie Nr. 93/13 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5. April 1993 für das französische Recht, Diss. Berlin 1997, Berlin 1998

BRUNNER ALEXANDER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Kramer Ernst (Hrsg.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel 2008, 111–196

BSK OR-VERFASSER

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR-VERFASSER)

BSK UWG-VERFASSER

HILTY RETO M./ARPAGAU RETO (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit. BSK UWG -VERFASSER)

BUCHER EUGEN, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze, in: Faculté de droit et des sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg Suisse (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, publiés à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire, Fribourg 1977, 249–269

BUCHER EUGEN, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT)

BUCHER EUGEN, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR BT)

BUCHER EUGEN, Verjährung: gute Schritte in guter Richtung, Bemerkungen aus Anlass von BGE 132 III 226–241, recht 2006, 186–197

BUOL MARTINA, Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung, Diss. Fribourg 1996, Zürich 1996

BUSER-GORA JUSTYNA, Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr, Diss. Zürich 2010, Zürich 2012

CALLIESS CHRISTIAN/RUFFERT MATTHIAS (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl., München 2016 (zit. Calliess/Ruffert-VERFASSER)

CAVIN PIERRE, Kauf, Tausch, Schenkung, in: von Greyerz Christoph/Gutzwiller Max/Meier-Hayoz Arthur et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht VII/1, Basel/Stuttgart 1977, 1–198

CHK OR-VERFASSER

FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (HRSG.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK OR-VERFASSER)

MÜLLER-CHEN MARKUS/HUGUENIN CLAIRE (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184–318 OR, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK OR-VERFASSER)

CHK PauRG-VERFASSER / CHK UWG-VERFASSER

AMSTUTZ MARC/ROBERTO VITO/TRÜEB HANS RUDOLF (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG, PauRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK PauRG-Verfasser bzw. CHK UWG-VERFASSER)

COTTIER THOMAS/DIEBOLD NICOLAS/KÖLLIKER ISABEL/LIECHTI-MCKEE RACHEL/OESCH MATTHIAS/PAYOSOVA TETYANA/WÜGER DANIEL, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014 (zit. COTTIER et al.)

COTTIER THOMAS/DZAMKO DANIEL/EVTIMOV ERIK, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Epiney Astrid/Theuerkauf Sarah/ Riviére Florence (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, Bern/Zürich 2004, 360–369

CR CO-VERFASSER

THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ, Commentaire Romand, Code des obligations I, Art. 1–529, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. CR CO-VERFASSER)

DAMM REINHARD, Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht, Zur Umsetzung der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, JZ 1994, 161–178

DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012

DEDUAL ALESSIA, Kaufrechtliche Verjährung contra legem?, Die revidierte kaufrechtliche Gewährleistungsregel von Art. 210 Abs. 4 OR zur Rechtslage im B2C-Bereich als legal transplant aus dem EU-Kaufrecht, in: Fahrländer Lukas/Heizmann Reto A. (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, Zürich/St. Gallen 2013, 75–101

EBERS MARTIN, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 26.4.2012, Rs. C-472/10 (Nemeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési Zrt), LMK 2012, 333520

- ECKERT WERNER, Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, WM 1993, 1070–1078
- EHLE BERND/BRUNSCHWEILER ANDRÉ, Schweizer AGB-Recht im Umbruch, Ein rechtsvergleichender Überblick, RIW 2012, 262–271
- EHRlich EUGEN, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1899
- EIDENMÜLLER HORST/FAUST FLORIAN/GRIGOLEIT HANS CHRISTOPH/JANSEN NILS/WAGNER GERHARD/ZIMMERMANN REINHARD, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 2008, 529–550
- ERNST WOLFGANG, Das AGB-Recht des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Remien Oliver/Herrler Sebastian/Limmer Peter (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011, Wissenschaftliches Symposium am 20. Januar 2012 in Würzburg, München 2012, 94–106
- ERNST WOLFGANG, Der ‚Common Frame of Reference‘ aus juristischer Sicht, AcP 2008, 248–282
- FATZER PETER/HASENBÖHLER FRANZ, AGB-Inhaltskontrolle – Handlungsbedarf für Unternehmen?, in: Lengauer Daniel/Rezzonico Giordano (Hrsg.), Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011/2012, Zürich 2012, 188–193
- FLUME WERNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1992 (zit. Flume, Rechtsgeschäft)
- FURRER ANDREAS, Eine AGB-Inhaltskontrolle für die Schweiz?, Anmerkungen zum revidierten Art. 8 UWG, HAVE 2011, 324–328
- FURRER ROLF, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973, Zürich 1973
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011
- GAUCH PETER, Die revidierten Art. 210 und 371 OR, recht 2012, 124–136
- GAUCH PETER, Revisionsentwurf zur Verjährung der kauf- und werkvertraglichen Mängelrechte: Analyse und Kritik der E-Art. 210, 371 und 199 OR, recht 2011, 145–155
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I u. II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
- GIGER HANS, BERNER KOMMENTAR, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch – Die Schenkung, Allgemeine Bestimmungen – Der

- Fahrniskauf, Art. 184–215 OR, Bd. VI/2/1/1, Bern 1979 (zit. BK OR-GIGER)
- GIGER HANS, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983
- GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD/NETTESHEIM MARTIN (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 60. Ergänzungslieferung, München 2016 (zit. Grabitz/Hilf/Nettesheim-VERFASSER)
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Art. 2 ZGB, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Artikel 1–9 ZGB, Bd. I/1, Bern 2012 (zit. BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER)
- HEINRICH HELMUT, Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, NJW 1993, 1817–1822
- HEISS HELMUT, Optionales europäisches Vertragsrecht als «2. Regime», in: Altmeyden Holger/Fitz Hanns/Honsell Heinrich (Hrsg.), FS für Günter H. Roth zum 70. Geburtstag, München 2011, 237–246
- HEIZMANN RETO/LOACKER LEANDER D. (Hrsg.), UWG, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. Heizmann/Loacker-BEARBEITER)
- HELLWEGE PHILLIP, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, München 2010
- HELLWEGE PHILLIP, Allgemeines Vertragsrecht und «Rechtsgeschäfts»-lehre im Draft Common Frame of Reference (DCFR), AcP 2011, 665–702
- HELLWEGE PHILLIP, UN-Kaufrecht oder Gemeinsames Europäisches Kaufrecht?, IHR 2012, 221–231
- HELLWEGE PHILLIP/MILLER LUCINDA, Control of Standard Contract Terms, in: Dannemann Gerhard/Vogenauer Stefan (Hrsg.), The Common European Sales Law in Context, Interactions with English and German Law, Oxford 2013, 423–468
- HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegung, AJP 2012, 1188–1212
- HESSELINK MARTIJN W., Unfair Terms in Contracts Between Businesses, in: Schulze Reiner/Stuyck Jules (Hrsg.), Towards a European Contract Law, München 2011, 131–147
- HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE, Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, Jusletter 20. Februar 2012
- HONSELL HEINRICH, Der Mangelschaden beim Kauf – der Papageienfall des Bundesgerichts BGE 133 III 257 ff, recht 2007, 154–158

- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010 (zit. HONSELL, OR BT)
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
- HUGUENIN CLAIRE/MEISE BARBARA, Vertragsrecht, in: Kellerhals Andreas/Baumgartner Tobias (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EU, Überblick und Kommentar 2011/12, Zürich/St. Gallen 2012, 297–319
- JENNY MARIUS, Inhaltskontrolle nach revidiertem Art. 8 UWG, Folgerungen für die Ausgestaltung Allgemeiner Versicherungsbedingungen (AVB), Zürich/St. Gallen 2014
- JUNG PETER., Die systematische Stellung der offenen AGB-Inhaltskontrolle im UWG – Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Folgeprobleme, in: Brunner Alexander/Schnyder Anton K./Eisner-Kiefer Andrea (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2014, 39–81
- KÄHLER LORENZ, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, Tübingen 2012
- KAMM MICHAEL, Freizeichnungsklauseln im deutschen und im schweizerischen Recht – ein Vergleich, Diss. Münster 1985, Bergisch Gladbach/Köln 1985
- KELLER MAX/SIEHR KURT, Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995
- KESSLER FRANZ JOSEPH, Der Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2010, Zürich 2010
- KLETT KATHRIN/HURNI CHRISTOPH, Eckpunkte der bisherigen bundesgerichtlichen AGB-Geltungskontrolle, recht 2012, 80–85
- KOLLER ALFRED, §§ 1–47, in: Guhl Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit. GULH-KOLLER)
- KOLLER ALFRED, AGB-Recht, Eine Übersicht im Lichte der neusten Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre, AJP 2016, 279–292
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009 (zit. KOLLER A., OR AT)
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–318 OR, Grundlagen – Veräusserungsverträge – Gebrauchsüberlassungsverträge, Bern 2012 (zit. KOLLER A., OR BT)
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2015 (zit. KOLLER A., Werkvertrag)

- KOLLER ALFRED, Verjährung der werkvertraglichen Mängelrechte, Insbesondere Bemerkungen zur Ablieferung als verjährungsauslösendem Moment zur fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 371 OR, AJP 2014, 303–308
- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Das Bankkonto, Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013 (zit. KOLLER T., Auslegeordnung)
- KOLLER-TUMLER MARLIS, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Zur Entstehungsgeschichte eines neuen Rechtsbegriffes, Diss. Bern 1995, Bern 1995 (zit. KOLLER-TUMLER, Konsumentenvertrag)
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19–22 OR, Bd. VI/1/2/1a, Bern 1991 (zit. BK OR-KRAMER)
- KRAMER ERNST A., Korrespondenz zum neuen Art. 210 Abs. 4 OR, recht 2013, 52
- KRAMER ERNST A., Noch einmal zur aliud-Lieferung beim Gattungskauf, recht 1997, 78–83
- KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS/PERRIG ROMAN, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016 (zit. Kramer/Probst/Perrig-VERFASSER)
- KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bd. VI/1/1, Bern 1986 (zit. BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN)
- KUT AHMED/STAUBER DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Jusletter 20. Februar 2012
- LANDO OLE, CESL or CISG?, Should the proposed EU Regulation on a Common European Sales Law (CESL) replace the United Nations Convention on International Sales (CISG)?, in: Remien Oliver/Herrler Sebastian/Limmer Peter (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011, Wissenschaftliches Symposium am 20. Januar 2012 in Würzburg, München 2012, 15–20
- LANDO OLE/BEALE HUGH (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised, Den Haag/London/Boston 2000
- LEIBLE STEFAN, Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, in: Remien Oliver/Herrler Sebastian/Limmer Peter (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011, Wissenschaftliches Symposium am 20. Januar 2012 in Würzburg, Mün-

chen 2012, 21–33

LIPS MICHAEL, Die kaufrechtliche Garantie, Unter besonderer Berücksichtigung der Pflicht zum Bezug von Original-Ersatzteilen und der Wiederverwertung von Ersatzteilen, Diss. Zürich 2002, Zürich/Basel/Genf 2002

LOACKER LEANDER D., Verbraucherverträge mit gemischter Zwecksetzung, Ist der Scheideweg im Unionsprivatrecht erreicht?, JZ 2013, 234–242

LÖRTSCHER THOMAS, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1977, Zürich 1977

MAISSEN EVA, Die automatische Vertragsverlängerung, unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Diss. Zürich 2012, Zürich/Basel/Genf 2012

MARCHAND SYLVAIN, Art. 8 LCD: un léger mieux sur le front des intempéries, REAS 2011, 328–331

MARCHAND SYLVAIN, Droit de la consommation, Le droit suisse à l'épreuve du droit européen, Genf/Zürich/Basel 2012 (zit. MARCHAND, Droit de la consommation)

MAUCHLE YVES, Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, AJP 2012, 933–952

MERZ HANS, Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Faculté de droit et des sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg Suisse (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger, offerts à l'occasion de son 70e anniversaire le 21 septembre 1968, Fribourg 1968, 137–161

MERZ HANS, Sachgewährleistung und Irrtumsanfechtung, in: Vom Kauf nach schweizerischem Recht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Theo Guhl, Zürich 1950, S. 87–107 (zit. MERZ, FS Guhl)

MEYER SARAH ANNA, Parteiverfügungen über die Verjährung im schweizerischen Zivilrecht, unter Berücksichtigung der Reformbestrebungen, Diss. Luzern 2013, Zürich/Basel/Genf 2013

MICKLITZ HANS W., Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, EuZW 1999, 485–493

MICKLITZ HANS W./REICH NORBERT, Von der Klausel- zur Marktkontrolle, EuZW 2013, 457–461

MÖSLEIN FLORIAN, Kontrolle vorformulierter Vertragsklauseln, in: Schmidt-Kessel Martin (Hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht?, Eine Analyse des Vorschlags der Kommission, München 2012, 255–286

MOSER CLAUDIA, Der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames

Europäisches Kaufrecht, in: Remien Oliver/Herrler Sebastian/Limmer Peter (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, Wissenschaftliches Symposium am 20. Januar 2012 in Würzburg, München 2012, 7–13

MüKo BGB-VERFASSER

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 u. 3, 7. Aufl., München 2016 (zit. MÜKO BGB-VERFASSER)

MÜLLER CHRISTOPH, *Contrats de droit suisse*, Bern 2012

NASSALL WENDT, Kapitel 6, Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 bis 310 BGB), in: Gebauer Martin/Wiedmann Thomas (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze – Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen*, 2. Aufl., Stuttgart 2010 (zit. NASSALL, AGB)

OFTINGER KARL/STARK EMIL W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Zürich 1995

OR 2020-VERFASSER

HUGUENIN CLAIRE/HILTY RETO M. (Hrsg.), *Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil*, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. OR 2020-VERFASSER)

PEDRAZZINI MARIO/PEDRAZZINI FEDERICO A., *Unlauterer Wettbewerb, UWG*, 2. Aufl., Bern 2002

PERRIG ROMAN, *Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice*, Diss. Basel 2010, Basel 2011

PFEIFFER THOMAS, *Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 7.5.2002, Rs. C-478/99 (Kommission der EG/Königreich Schweden)*, EuZW 2002, 467–468

PFEIFFER THOMAS, *Anwendungsbereich: Vertragsparteien und Vertragsgegenstand*, in: Remien Oliver/Herrler Sebastian/Limmer Peter (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, Wissenschaftliches Symposium am 20. Januar 2012 in Würzburg, München 2012, 35–42 (zit. PFEIFFER, Anwendungsbereich)

PFEIFFER THOMAS, *Hintergrund und Entstehung der Regeln über nicht ausgehandelte Klauseln in den Acquis Principles und im Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens*, in: Dammann Jens/Grunsky Wolfgang/Pfeiffer Thomas (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Manfred Wolf*, München 2011, 111–121 (zit. PFEIFFER, GS Wolf)

- PFEIFFER THOMAS, Unfaire Vertragsbestimmungen, ERPL 2011, 835–853
- PFISTER LOÏC/VON DER CRONE HANS CASPAR, Konsens über Obliegenheiten im Reise-checkvertrag, SZW 2005, 276–284
- PICHONNAZ PASCAL, Clauses abusives et pratiques déloyales: une meilleure réglementation de la concurrence, plaidoyer 2011, 34–41
- POMPL WILHELM, Luftverkehr, Eine ökonomische und politische Einführung, 5. Aufl., Berlin/Heidelberg 2007
- RABEL ERNST, Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung, Bd. 2, Tübingen 1958
- RAISER LUDWIG, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935
- REETZ PETER/LORENZ TABEA, Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Gewährleistungsrecht, Anwaltsrevue 2013, 16–20
- RIESENHUBER KARL, Die Inhaltskontrolle von Vereinbarungen über Hauptleistung und Preis im Europäischen Vertragsrecht, in: Dammann Jens/Grunsky Wolfgang/Pfeiffer Thomas (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Manfred Wolf, München 2011, 123–137
- ROBERTO VITO/WALKER MARISA, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, recht 2014, 49–66
- ROTH HERBERT, Funktion und Anwendungsbereich der Unklarheitenregel des § 5 AGBG, WM 1991, 2085–2089 u. 2125–2135
- ROTH SIMON, Integration einer Sache/eines Werks in eine unbewegliches Werk, Verjährung der Sachgewährleistungsansprüche, AJP 2014, 773–780
- RUSCH ARNOLD F., Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, AJP 2014, 205–210
- RUSCH ARNOLD F., Geplante Obsoleszenz, recht 2012, 176–183
- RUSCH ARNOLD F., Recht einfach – Heuristik und Recht, LeGes 2012, 337–354
- RUSCH ARNOLD F., Schadensabwälzungsklauseln in der Inhaltskontrolle, SZW 2012, 439–444
- RUSCH ARNOLD F./SCHIRRMACHER ANDREAS, Konsumentenorganisationen im AGB-Streit, ZBJV 2013, 683–704
- SAVIGNY FRIEDRICH CARL VON, System des heutigen Römischen Rechts, 5. Bd., Berlin 1841 (zit. SAVIGNY, System V)
- SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen

zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, 1–22

- SCHMID JÖRG, Grundpfandrechte und der neue Art. 8 UWG, in: Emmenegger Susan (Hrsg.), Immobilienfinanzierung, Basel 2012, 71–137 (zit. SCHMID, Grundpfandrechte)
- SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2016
- SCHNYDER ANTON K., Einführung in die Dogmatik der AGB nach schweizerischem und europäischem Recht, in: Brunner Alexander/ Schnyder Anton K./Eisner-Kiefer Andrea (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich/Basel/Genf 2014, 39–81
- SCHÖBI FELIX, Projekte des Gesetzgebers zum AGB-Recht, in: Fuhrer Stephan/Weber Stephan (Hrsg.), Allgemeine Versicherungsbedingungen, Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, Beiträge zur Tagung vom 28. Oktober 2010, Zürich/Basel/Genf 2011, 51–67
- SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Obligationenrecht, [Zürcher] Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Teilbd. V 1a, Allgemeine Einleitung, einschl. Internationales Privatrecht, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973 (zit. ZK OR -SCHÖNENBERGER/JÄGGI)
- SCHÖNLE HERBERT/HIGI PETER, Obligationenrecht, [Zürcher] Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Teilbd. V 2a, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192–204 OR, 3. Aufl., Zürich 2005 (zit. ZK OR-SCHÖNLE/HIGI)
- SCHOTT ANSGAR, Missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen – Zur Inhaltskontrolle, ST 2012, 78–82
- SCHUBIGER ALBERT, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folge der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, OR 197 ff. – OR 97 ff., Diss. Bern 1957, Bern 1957
- SCHULER ALOIS, Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1978, Bern 1978
- SCHULTE-NÖLKE HANS, From the Acquis Communautaire to the Common Frame of Reference – the Contribution of the Acquis Group to the DCFR, Juridica Int'l 2008, 27–31
- SCHULTE-NÖLKE HANS/TWIGG-FLESNER CHRISTIAN/EBERS MARTIN (Hrsg.), EC consumer law compendium, the Consumer Acquis and its transposition in the member states, München 2008, hier benutzte aktualisierte Fassung (Stand: Juli 2012), abrufbar unter: <<http://www.eu-consumer-law.org>>
- SCHULZE REINER (Hrsg.), Common European Sales Law (CESL), Commentary, Baden-Baden 2012 (zit. Schulze-VERFASSEN)

- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016
- SCHWIZER ANGELO, Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen, Diss. St. Gallen 2016, Zürich/St. Gallen 2016,
- SCHWIZER ANGELO/WOLFER MARC, Die revidierten Verjährungsbestimmungen im Sachgewährleistungsrecht (Art. 210 und 371 OR), AJP 2012, 1759–1765
- SHK UWG-VERFASSER
JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016 (zit. SHK UWG-VERFASSER)
- SPIRO KARL, Der Verzicht auf die laufende Verjährung, in: Barfuss Werner/Dutoit Bernard/Forkel Hans/Immenga Ulrich/Majoros Ferenc (Hrsg.), FS für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1985, 543–555 (zit. SPIRO, Verzicht)
- SPIRO KARL, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Faltfristen, Bd. I, Bern 1975 (zit. SPIRO, Begrenzung)
- STAUDENMAYER DIRK, The Common European Sales Law – Why do we Need it and how should it be Designed?, in: Alpa Guido/Conte Giuseppe/Perfetti Ubaldo/Graf von Westphalen Friedrich (Hrsg.), The Proposed Common European Sales Law – the Lawyers’ View, München 2013, 17–30
- Staudinger-VERFASSER
Staudinger Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse,
– §§ 305–310 BGB; UKlaG, (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen), Berlin 2013
– §§ 433–480, (Kaufrecht), Berlin 2014
- STÖCKLI HUBERT, Art. 8 UWG – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2013, 171–184 (zit. STÖCKLI, neues Recht)
- STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 2011, 184–188
- STOMPS ANDREAS, Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Eine Untersuchung des deutschen Rechts mit Bezügen zum englischen Recht und dem Draft Common Frame of Reference (DCFR) am Beispiel von Haftungsklauseln, Diss. Frankfurt am Main 2011, Baden-Baden 2011
- SUTTER GUIDO/LÖRTSCHER FLORIAN, Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, recht 2012, 93–101

- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-VERFASSER)
- TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2016
- THOUVENIN FLORENT, Art. 8 UWG: Zur Strukturierung eines strukturlosen Tatbestandes, Jusletter 29. Oktober 2012
- TRAN LAURENT, La prescription de l'action en garantie dans le contrat de vente, SJ 2013 II, 103–120
- ULMER PETER/BRANDNER HANS ERICH/HENSEN HORST-DIETER (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UKlaG, 12. Aufl., Köln 2016 (zit. Ulmer/Brandner/Hensen-VERFASSER)
- VISCHER MARKUS, Das Nachbesserungsrecht des Käufers beim Unternehmenskauf, AJP 2011, 1168–1176
- VISCHER MARKUS, Die fünfjährige Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen im Kaufrecht, Jusletter 11. März 2013
- Vischer Markus, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, 177–188
- VON BAR CHRISTIAN/CLIVE ERIC (Hrsg.), Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Bd. 1–6, München 2009
- VON BAR CHRISTIAN/ZIMMERMANN REINHARD, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, Kommission für Europäisches Vertragsrecht (Hrsg.), Dt. Ausgabe, München 2002
- VON TUHR ANDREAS, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 2. Hälfte, München/Leipzig 1918
- VON TUHR ANDREAS/SIEGWART ALFRED (Hrsg.), Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Halbband, Erfüllung. Folgen der Nichterfüllung. Erlöschen. Besondere Verhältnisse. Mehrheit von Gläubigern oder Schuldern. Übertragung., 2. Aufl., Zürich 1944
- WALKER NADIA, Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, Diss. St. Gallen 2015, St. Gallen 2015
- WENDEHORST CHRISTIANE, Regelungen über den Vertragsinhalt (Teil III CESLEntwurf), in: Wendehorst Christiane/Zöchling-Jud Brigitta (Hrsg.), Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11.10.2011 KOM (2011) 635 endg., Wien 2012, 87–105

- WIEGAND WOLFGANG, Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: Honsell Heinrich et al. (Hrsg.), *Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer*, Basel 2004, 331–343 (zit. WIEGAND, FS Kramer)
- WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG, Unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken, Diss. Bern 2014, Zürich/St. Gallen 2015
- WILDHABER ISABELLE, Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr, Gefahr für die Vertragsfreiheit?, SJZ 2011, 537–545
- WOLF MANFRED/LINDACHER WALTER F./PFEIFFER THOMAS (Hrsg.), *AGB-Recht, Kommentar*, 5. Aufl., München 2009 (zit. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁵-VERFASSER)
- WOLF MANFRED/LINDACHER WALTER F./PFEIFFER THOMAS (HRSRG.), *AGB-Recht, Kommentar*, 6. Aufl., München 2013 (zit. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-VERFASSER)
- WURMNEST WOLFGANG, Die Fortentwicklung des italienischen AGB-Rechts vor dem Hintergrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, ZEuP 2004, 971–985
- ZELLWEGER CORINNE, Die Gewähr, Risikoverantwortlichkeit als Anspruchsgrund zwischen Verschuldenshaftung und Gefahrtragung, Diss Bern 2007, Bern 2007
- ZK OR-VERFASSER
Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, nach den einzelnen Verfassern im Literaturverzeichnis aufgeführt (zit. ZK OR-VERFASSER)
- ZOLL FRYDERYK, Das Konzept des Verbraucherschutzes in der Machbarkeitsstudie für das Optionale Instrument, Rechtfertigung der Differenzierung des persönlichen Anwendungsbereiches einzelner Normen, euvr 2012, 9–23
- ZOLL FRYDERYK, Der Tod der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: von Bar Christian/Wudarski Arkadiusz (Hrsg.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, München 2012, 223–235 (zit. Zoll, Tod der AGB)
- ZOLL FRYDERYK, Unfair Terms in the Acquis Principles and Draft Common Frame of Reference: A Study of the Differences between the Two Closest Members of One Family, *Juridica Int'l* 2008, 69–77

Einleitung

Die vorliegende Arbeit befasst sich primär mit dem Thema der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB).¹ AGB sind im heutigen Rechtsverkehr allgegenwärtig. Kaum mehr ein Vertrag scheint ohne den Hinweis auf AGB auszukommen, die besondere Regelungen zu Themen wie Lieferung/Erfüllung, Verzug, Haftung oder Gerichtsstand und dergleichen vorsehen. Gelesen werden solche Bestimmungen von den Adressaten zumindest bei Alltagsgeschäften hingegen kaum. Manche Kunden wiederum lesen die AGB zwar, verstehen sie aber nicht und stimmen ihnen dennoch zu. Dies hat zur Folge, dass durch AGB bewirkte Abänderungen vom Gesetzesrecht oft nur ungenügend wahrgenommen oder zumindest unterschätzt werden. Solange ein Vertrag reibungslos abgewickelt werden kann, bleiben die AGB denn auch meist nur eine Randerscheinung des Geschäfts. Missglückt die Abwicklung hingegen, können die AGB ganz entscheidend dafür verantwortlich sein, ob vermeintlich bestehende Forderungen erfolgreich durchgesetzt werden können oder eben nicht. Der Gesetzgeber hat mit der Revision von Art. 8 UWG neu eine offene Inhaltskontrolle für AGB im Bereich der Konsumentenverträge geschaffen, die den Konsumenten vor missbräuchlichen AGB schützen soll.

Die Arbeit analysiert in den ersten beiden Teilen, was AGB ausmacht, wie die neue Inhaltskontrolle im Kontext der europäischen Rechtsentwicklung einzuordnen ist und wie sich das Schweizer AGB seit der Einführung der offenen Inhaltskontrolle darstellt. Der Fokus liegt dabei auf der Auslegung von Art. 8 UWG. Ein Ziel dieser Betrachtung ist, eine kritische Würdigung des Schweizer AGB-Rechts vorzunehmen und mögliche Lösungsansätze bei der Auslegung von Art. 8 UWG aufzuzeigen.

Sodann befasst sich die Arbeit in einem dritten Teil mit den Voraussetzungen und den Rechtsfolgen der kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistung. Sie analysiert die einzelnen Mängelrechte, ihr Verhältnis zueinander sowie zu alternativen Rechtsbehelfen wie etwa die Irrtumsanfechtung. Eine besondere Betrachtung fällt den gesetzlichen Verjährungsregeln des revidierten Art. 210 OR zu, welcher bei bestimmten Verträgen zwingende Mindestverjährungsfristen vorgibt.

1 Zum AGB-Begriff s.u. S. 5.

Weil die gesetzlichen Regeln der kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistung den Schutz des Käufers bezwecken und für den Verkäufer ein Haftungsrisiko begründen, dass sich insbesondere auch nach der Abwicklung des Geschäfts noch verwirklichen kann, hat der Verkäufer i.d.R. ein Interesse daran, dieses Risiko zu seinen Gunsten abzuschwächen oder gar ganz weg zu bedingen (sog. Freizeichnung). Da die gesetzlichen Regeln zur Sachmängelgewährleistung mit wenigen Ausnahmen dispositiver Natur sind, stellt sich sodann die Frage, wie weit der Verkäufer die Möglichkeit hat, jene Regeln mittels Parteivereinbarung abzuändern. Verhandeln die Parteien über die sachliche oder zeitliche Beschränkung der Sachmängelgewährleistungsregeln oder vereinbaren sie gar deren gänzlichen Ausschluss, wählen sie die dadurch bedingte abweichende Risikoverteilung bewusst. Besonders häufig kommen solche Abänderungen jedoch als Klauseln in AGB vor, die vom Käufer i.d.R. eben nur ungenügend wahrgenommen werden. Der Käufer bemerkt eine Freizeichnung dann erst im Zeitpunkt, wenn er einen Mangel rügt und vom Verkäufer unter Verweis auf die AGB abgewiesen wird.

Ein weiteres Ziel dieser Arbeit ist deshalb, aufzuzeigen, wie weit der Verkäufer die gesetzlichen Regeln der kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistung mittels Parteivereinbarung abändern darf. Dabei wird unterschieden, ob eine Abänderung mittels Individualvereinbarung oder mittels AGB vorgenommen wird. Weiter soll aufgezeigt werden, was die jeweiligen Rechtsfolgen bei einer rechtswidrigen Abänderung sind.

Erster Teil:
**Art. 8 UWG im Kontext der euro-
päischen Entwicklungen**

§ 1 Begriff und Funktion von AGB

I. Begriff

Obschon der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Vertragspraxis allgegenwärtig erscheint, hat es der Gesetzgeber bis heute unterlassen, eine Legaldefinition des AGB-Begriffs aufzustellen. Aus der Rechtsprechung und der Lehre lassen sich jedoch folgende Qualifikationsmerkmale herleiten: Allgemeine Geschäftsbedingungen bilden jene *Vertragsbedingungen*, die von einer Vertragspartei *vorformuliert*, d.h. *einseitig* aufgestellt wurden, um damit eine *Vielzahl künftiger Verträge* mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern zu regeln.²

Weitere, formale Aspekte wie Erscheinungsform, Umfang oder Schriftart sind, anders, als dies der im Volksmund gebräuchliche Begriff des «Kleingedruckten» suggerieren würde, irrelevant. Ebenso wenig kommt es darauf an, was der Inhalt der Bestimmungen ist oder ob diese als «AGB» bezeichnet werden;³ entscheidend ist die *abstrakte* (vom konkreten Vertragsschluss losgelöste) Vorformulierung.⁴

1. Vertragsbedingungen

Vertragsbedingungen sind inhaltliche Bestandteile von Verträgen und haben die Funktion, die gemeinsamen, übereinstimmenden Willensäußerungen der Parteien abzubilden. Sie begründen vertragliche Rechte und Pflichten, die ohne die entsprechenden Vereinbarungen entweder gar nicht oder in anderer Weise bestünden.⁵ In dieser Hinsicht unterscheiden sich Vertragsbedingungen von blossen Informationen oder allgemeinen Hinweisen, die lediglich

2 Vgl. BGER 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003, E. 3.1; BGER 4P.135/2002 vom 28. November 2002, E. 3.1; Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6177; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 1 u. 78; HUGUENIN, N 605; BUSER-GORA, 5; PERRIG, N 605.

3 Je nach Branche und Rechtskreis werden auch die Begriffe «Allgemeine Vertrags-/Versicherungs-/Mietbedingungen» oder «standard contract terms» verwendet.

4 MAISSEN, N 100; PERRIG, 14.

5 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 119 ff.

zum Vertragsschluss motivieren sollen und z.B. in Prospekten vorkommen, aber keine unmittelbaren rechtlichen Wirkungen entfalten.⁶

Zu beachten ist weiter, dass auch deklaratorische Bestimmungen, welche lediglich Bestimmungen dispositiven Gesetzesrechts im Vertrag wiederholen, AGB-Charakter haben können, da dispositives Recht durch Vereinbarung abänderbar ist. Lediglich zwingende Gesetzesvorschriften, die für beide Parteien indisponibel sind, können nie AGB-Charakter erhalten.⁷

Auf die Diskussion, ob AGB Gesetzescharakter haben können, wird in diesem Werk bewusst verzichtet, da diese Frage in der Literatur schon erschöpfend geklärt wurde.⁸ AGB haben der h.M. folgend auch nach der hier vertretenen Auffassung klarerweise keinen Gesetzescharakter, da sie einzig durch die Einigung der Parteien Geltung erlangen. Dies gilt insbesondere auch für die im Baugewerbe verbreiteten SIA-Normen.

2. Vorformulierung zwecks mehrfacher Verwendung

Vertragsbedingungen gelten als vorformuliert, wenn sie nicht im Hinblick auf einen konkreten Vertragsschluss formuliert wurden, sondern zeitlich früher, um sie im Rahmen eines allfälligen Vertragsschlusses in selbigen einzubeziehen. Dies ist etwa der Fall, wo Vertragsbedingungen als Standard-Vertragsformulare bzw. als Anhänge bereitliegen oder wenn sie im Geschäftslokal ausgehängt sind.⁹ Entscheidend ist, dass sie nicht erst im Rahmen des konkreten Vertragsschlusses individuell ausgehandelt werden.¹⁰ Im Gegenzug verlieren im Voraus formulierte Vertragsbestimmungen ihren AGB-Charakter, sobald sie im Rahmen der Vertragsverhandlungen abgeändert werden, bzw. schon dann, wenn der Anbieter eine ernst gemeinte Ände-

6 Prospektangaben können nach meinem Dafürhalten jedoch ein beweisrelevantes Indiz für stillschweigende Vereinbarungen darstellen.

7 BUSER-GORA, 5 f.; vgl. für das dt. Recht Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/HABERSACK, § 305, N 7a, 9.

8 M.w.H. u. Verw. BK-OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1, N 183 f.; GIGER, 26 f.; explizit auch SCHWENZER, N 45.01; ferner PERRIG, 20; MAISSEN, N 98 Fn. 150; für das deutsche Recht auch schon FLUME, Rechtsgeschäft, 669 f.

9 Vgl. BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 2; GAUCH et al., Rz. 1140.

10 BUSER-GORA, 6; SCHNYDER, 40; WIDMER, 4; vgl. für das dt. Recht Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, § 305 N 14.

rungsmöglichkeit signalisiert, auch wenn diese von der anderen Vertragspartei schliesslich nicht genutzt wurde.¹¹

Enthält ein Vertrag vorformulierte Bedingungen, behauptet der Verwender jedoch, diese seien individuell ausgehandelt worden, so trägt er hierfür die Beweislast.¹²

Die Vorformulierung von Vertragsbestimmungen ist, für sich gesehen, ein ganz normaler Akt vorbereiteter Angebotsunterbreitung. Die AGB-Problematik liegt in der einseitigen, abstrakten Vorformulierung zwecks verallgemeinerten Gebrauchs der Bestimmung und in der dadurch entstehenden Asymmetrie, welche dem AGB-Verwender einen ökonomischen Vorteil verschafft. Er wird wissen, wie sich die Verteilung seines Geschäftsrisikos durch die Einbeziehung bestimmter AGB verschiebt, während sein Vertragspartner die AGB i.d.R. erst im Rahmen der Vertragsanbahnung bzw. kurz vor Vertragsschluss ausgehändigt bekommt und sich dann schon im Zugzwang befindet, sodass ein eingehendes Studium und eine gewissenhafte Prüfung der einzelnen Klauseln und ihrer Konsequenzen faktisch verunmöglicht werden kann (Überrumpelungseffekt). Der AGB-Charakter einer vorformulierten Vertragsbedingung ist zu bejahen, wenn eine *Absicht zur Mehrfachverwendung* vorliegt.¹³ Dabei können z.B. eine äusserlich abstrakt gehaltene Gestaltung sowie der Inhalt der Klausel ein vom Verwender zu widerlegendes Indiz für die Absicht der Mehrfachverwendung bilden.¹⁴ Auch die Verwendung äusserlich verschiedener, aber inhaltlich gleicher Klauseln kann schon als Mehrfachverwendung interpretiert werden.¹⁵

3. Kritik an der Mehrfachverwendungsabsicht

Da die AGB-Problematik nach meinem Dafürhalten aber v.a. in der einseitigen Aufstellung der Klausel liegt, erscheint es stossend, wenn die Anwend-

11 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1118; HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, 1193 f.

12 Heizmann/Loacker-Heiss, Art. 8 N 85; Kramer/Probst/Perrig-PROBST, N 85.

13 BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 1; demgegenüber ist in Deutschland die dreimalige (in Ausnahmefällen auch schon die zweimalige Verwendung) Absicht zur Verwendung massgeblich (Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, § 305, N 16; MüKo BGB-BASEDOW, § 305, N 18).

14 Vgl. aus der dt. Rechtsprechung etwa das Urteil des BGH vom 27.11.2003 – VII ZR 53/03 = NJW 2004, 502, 503.

15 Vgl. für das dt. Recht Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, § 305, N 17.

barkeit des AGB-Korrektivs durch das Erfordernis der *Mehrfachverwendungsabsicht* erschwert würde. Es sollte für die Anwendung des AGB-Korrektivs keinen Unterschied machen, ob eine einseitige Vertragsbestimmung nur einmal oder mehrfach zur Anwendung gelangt. Die Schwelle zur Annahme der *Mehrfachverwendungsabsicht* sollte daher tief angesetzt und der AGB-Charakter einer Bestimmung daher schon bejaht werden, wenn die Bestimmung einmal verwendet wurde und die abstrakt gehaltene Gestaltung auf eine Mehrfachverwendungsabsicht hindeutet.¹⁶

4. Sonderfall: Drittbedingungen

AGB können vom jeweiligen Verwender selbst vorformuliert worden sein, ebenso können die Parteien aber auch von Dritten, insb. von Interessenverbänden, vorformulierte Bestimmungen verwenden.¹⁷ Hier ist z.B. an die SIA-Normen im Baugewerbe zu denken. Wer vorformulierte Vertragsbestimmungen aus einer fremden Quelle für den eigenen Gebrauch übernimmt, gilt als AGB-Verwender.¹⁸ Vertragsbedingungen, die zwischen Branchenverbänden ausgehandelt wurden (z.B. zwischen dem Hauseigentümer- und Mieterverband), stellen in aller Regel AGB dar, da diese Muster eindeutig für einen vielfachen Einbezug entworfen werden und von einer Vertragspartei einseitig zum Einbezug vorgeschlagen werden.¹⁹

II. Funktion

1. Rationalisierungsfunktion

AGB haben sowohl ihre Herkunft als auch ihre zentrale Bedeutung in ihrer *Rationalisierungsfunktion*. Bereits in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wuchs im Zuge der fortschreitenden Industrialisierung und des dadurch aufkommenden Massenabsatzgeschäfts das Bedürfnis Geschäftsabschlüsse effi-

16 BAUDENBACHER, Kommentar UWG, Art. 8 N 39, wonach die tatsächliche Erstverwendung genüge; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 234, Fn. 377; Kramer/Probst/Perrig-PROBST, N 80; vgl. ferner Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 89 f.

17 SCHWENZER, N 44.01; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1117 ff.; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Rz. 12.05; BAUDENBACHER, Kommentar UWG, Art. 8 N 40; s.a. Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/HABERSACK, § 305, N 21 m.w.H. zum dt. Recht.

18 Kramer/Probst/Perrig-PROBST, N 76 m.w.H.

19 SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 234 Fn. 376.

zient zu gestalten.²⁰ Hatte sich ein Betrieb einmal zur Massenfabrikation entschieden, war der klassische, individuell ausgehandelte Vertrag aufgrund seines Verhandlungsaufwands nicht mehr das geeignete Abschlussmittel, weshalb man für bestimmte Geschäfte standardisierte Verträge bzw. Vertragsbestimmungen einführte, um Zeit zu sparen, Kalkulationssicherheit zu erhalten und die Geschäftsverwaltung zu vereinfachen.²¹ Mit vorformulierten Verträgen entfällt zudem die Notwendigkeit von juristisch geschulten Vertretern, da der vom AGB-Verwender vorformulierte Wille stets gewahrt bleibt.²²

2. Spezialisierungsfunktion

Der zweite zentrale Aspekt Allgemeiner Geschäftsbedingungen besteht in ihrer *Spezialisierungsfunktion*. Mit AGB können die Bestimmungen des dispositiven Gesetzesrechts an die individuellen Bedürfnisse einer Branche angepasst werden. Historisch betrachtet, haben dieses Potenzial v.a. die Versicherungsgesellschaften sowie die auf den Massenverkehr ausgerichteten Verkehrsunternehmen erkannt, da es in der Natur ihres Geschäfts lag, möglichst viele gleichartige Verträge zu schließen.²³

3. Funktion der Intressendurchsetzung

Eine weitere Funktion Allgemeiner Geschäftsbedingungen liegt in der Möglichkeit zur Verlagerung von Geschäftsrisiken, welche oft mit deren Verwendung einhergeht (*Funktion der Interessendurchsetzung*). Das dispositive Gesetzesrecht weist das Geschäftsrisiko i.d.R. dem Schuldner der vertragstypischen Leistung zu, da dieser eher in der Lage ist, das Risiko zu beherrschen.²⁴ Mittels AGB hat der Verwender – anders als dies beim Vertragsabschluss per Handschlag rein auf der Grundlage von Gesetzesrecht möglich wäre – die Möglichkeit, verschiedene Geschäftsrisiken auf die andere Vertragspartei zu überwälzen, ohne dass er sich dafür in einer Vertragsverhandlung sachlich rechtfertigen müsste. Hilfreich ist ihm dabei der Umstand, dass AGB von der anderen Vertragspartei oft gar nicht oder zumindest nicht in den Einzelheiten zur Kenntnis genommen werden. AGB werden gerade bei

20 Vgl. RAISER, 17; zur Entstehungsgeschichte des «Massenvertrags» s.a. MERZ, 138 f.

21 BUSER-GORA, 9; MAISSEN, N 101.

22 KOLLER A., AJP 2016, 280; MAISSEN, N 101.

23 Vgl. RAISER, 27; s.a. HELLWEGE/MILLER, 424 m.w.H.

24 BUSER-GORA, 9; MAISSEN, N 104; BAUDENBACHER, ZBJV 1987, 507 f.

Privateinkäufen häufig als lästiges «Kleingedrucktes» empfunden, dessen Bedeutung man sich nicht oder nur mit Mühe erschliessen kann. Viele Konsumenten, teils aber auch Kaufleute neigen dazu, AGB global zu übernehmen und sich nur auf die Hauptleistungen (z.B. Ware gegen Preis) zu konzentrieren. Dies kann sich der AGB-Verwender zunutze machen, indem er verschiedene Vertragsrisiken (z.B. Haftungs-, Gewährleistungs- oder Gerichtsstandsrisiken) mittels AGB auf die andere Vertragspartei überwälzt.²⁵ Ignoriert der Kunde das Risiko einer einseitigen Vertragsgestaltung bewusst, weil er seine Transaktionskosten möglichst gering halten will und den Aufwand eingehender Vertragsverhandlungen am Geschäftsvolumen gemessen als zu hoch einschätzt, ist dies eine ökonomische Entscheidung, die dann bei der Risikoverwirklichung aber auch keinen Rechtsschutz verdient. Stimmt der Kunde allerdings (im blinden Vertrauen auf die konfliktfreie Vertragsabwicklung) den AGB zu, nur damit der Vertrag über die begehrte Hauptleistung endlich zustande kommen möge, ist die Frage nach der Schutzbedürftigkeit zuweilen eine andere. Verschärft wird dieses Problem durch den Umstand, dass AGB innerhalb einer Branche oft sehr ähnlich ausgestaltet sind, sodass es auch dem aufmerksamen Kunden häufig nicht möglich ist, die gewünschte Leistung über einen anderen Anbieter unter Einbezug für ihn günstigerer AGB zu beziehen (*mangelnder Konditionenwettbewerb*).²⁶ Zuweilen kommt es zwar vor, dass ein Anbieter bewusst kundenfreundliche AGB formuliert (z.B. indem den Kunden gesetzlich nicht vorgesehene Widerrufsrechte und dergleichen gewährt werden). Dies dürfte sich hingegen auf die Fälle beschränken, in denen mehrere Anbieter in derart harter Konkurrenz zueinander stehen, dass ein Konditionenwettbewerb attraktiv wird oder das Unternehmen einen gemeinnützigen (Neben-)Zweck verfolgt.²⁷

III. Notwendigkeit einer AGB-Kontrolle

Aufgrund vorstehender Erwägungen ist festzuhalten, dass AGB dazu beitragen, dass sich die Möglichkeit des AGB-Adressaten den Vertragsinhalt mitzugestalten auf ein Minimum reduziert, da im Grunde kein Verhandlungsspielraum mehr besteht, wenn der AGB-Verwender den in AGB liegenden Rationalisierungseffekt optimal ausnutzen will. Es kommt dann auf die Verhandlungsmacht des AGB-Adressaten an, ob der Vertragsinhalt faktisch

²⁵ Vgl. schon RAISER, 21.

²⁶ Vgl. BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 13; SCHWENZER, N 44.03; WIDMER, 5.

²⁷ Vgl. SCHNYDER, 41.

verhandlungsfähig bleibt oder ob er vom AGB-Verwender einseitig diktiert wird.²⁸ Ist Letzteres der Fall, bleibt der «verhandlungsschwächeren» Partei²⁹ nur die Möglichkeit, das Geschäft mit einem für sie günstigeren Anbieter zu substituieren³⁰ oder – falls dies mangels Konditionenwettbewerbs nicht möglich ist – den Vertrag dennoch einzugehen und darauf zu hoffen, dass die Geschäftsabwicklung reibungslos vonstattengeht und somit die aufgrund des rationalisierten Vertragsschlusses eingebüßte Verhandlungsmöglichkeit irrelevant wird. Der AGB-Verwender hat also die Möglichkeit, mit AGB vom dispositiven Gesetzesrecht einseitig zu seinen Gunsten abzuweichen, wodurch eine systematische Benachteiligung seiner Vertragspartner entsteht.³¹ Dieses von SCHMID als «*Gerechtigkeitsdefizit*»³² bezeichnete Problem soll mit der AGB-Kontrolle zumindest abgemildert werden. Zweck der AGB-Kontrolle ist es, die Ausgewogenheit der vertraglichen Rechte und Pflichten wiederherzustellen, wo AGB einseitig zu Lasten des Adressaten ausgestaltet wurden (*Ausgleich der Äquivalenzstörung*).³³ Der Gesetzgeber hat dazu mit Erlass von Art. 8 UWG eine (offene) Inhaltskontrolle von AGB eingeführt, um einen effektiveren Kontrollmechanismus zu erhalten, als dies bisher der Fall war.³⁴ Die neue Bestimmung mit der Marginalie «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» lautet wie folgt:

Art. 8 UWG

Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.

28 Vgl. RAISER, 18; MERZ, 139.

29 Dies ist durchaus auch unabhängig von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einer Partei möglich, solange diese faktisch gezwungen ist, die AGB der anderen Partei zu akzeptieren (vgl. etwa BGE 109 II 452, 457 E. 5.a)).

30 Vgl. auch PFISTER/VON DER CRONE, SZW 2005, 281.

31 BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 5; SCHMID, ZBJV 2012, 1.

32 SCHMID, ZBJV 2012, 1; ferner auch WIDMER, 5.

33 BUSER-GORA, 11 f.

34 Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6159.

§ 2 AGB-Recht in Europa

I. Europäisches Richtlinienrecht und Softlaw zum Thema Inhaltskontrolle

Obschon sich der Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung auf die AGB-Kontrolle in der Schweiz konzentriert, bietet sich dennoch ein Blick über die Grenzen auf das Unionsrecht an, um die hiesigen Regelungen in einem europäischen Bezugsrahmen zu betrachten, da sich der Schweizer Gesetzgeber bei der Revision des Art. 8 UWG offensichtlich von den Regelungen der europäischen Klauselrichtlinie inspirieren liess.³⁵

Den Ausgangspunkt der folgenden Betrachtung bildet die europäische Klauselrichtlinie RL 93/13/EWG. Darauf aufbauend folgt die Darstellung dem Entwicklungsstrang über die Principles of European Contract Law hin zu den Acquis Principles, welche beide massgeblich die Entstehung des Draft Common Frame of Reference beeinflussten und schliesslich in die Machbarkeitsstudie für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht³⁶ sowie in einen entsprechenden Verordnungsvorschlag³⁷ mündeten.³⁸

1. Richtlinie 93/13/EWG

Die vom Rat der Europäischen Gemeinschaften³⁹ am 5. April 1993 verabschiedete Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen⁴⁰ war das Ergebnis europäischer Bestrebungen, das Konsumentenvertragsrecht in den Mitgliedstaaten durch eine Mindestharmonisierung auf einen Grundnenner zu bringen, sodass die durch verschiedene

35 GLA. Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 61.

36 Abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf (Stand: 1.7.2017). Auf die Machbarkeitsstudie wird in diesem Werk nicht im Detail eingegangen, da diese sich im Bereich der Inhaltskontrolle weitestgehend mit dem CESL deckt, die nachfolgenden dazu gemachten Ausführungen somit gleichermassen für die Machbarkeitsstudie gelten.

37 KOM (2011) 635 endg., bestehend aus einem Verordnungsvorschlag und einem Annex, der die eigentlichen Bestimmungen zur Kaufrechtsharmonisierung (CESL) enthält.

38 PFEIFFER, ERPL 2011, 837; MÖSLEIN, 259.

39 Heute: Rat der Europäischen Union.

40 ABl. Nr. L 095 vom 21.4.1993 S. 29–34.

Schutzniveaus bedingten Wettbewerbsverzerrungen zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten abgebaut werden können, womit letztlich der grenzübergreifende Handel, sprich, der europäische Binnenmarkt, gefördert wird.⁴¹

Da von der Klauselrichtlinie aber – wie von sämtlichen anderen Verbraucherschutzrichtlinien auch – keine unmittelbare Wirkung ausgeht, bedurfte sie der Umsetzung in nationales Recht (Art. 10 RL 93/13/EWG).⁴² Ein deckungsgleiches «Europäisches Verbraucherschutzrecht» existiert auch insofern nicht, als die Klauselrichtlinie den Mitgliedstaaten nach wie vor die Möglichkeit belässt, strengere Regelungen zum Schutz der Verbraucher zu erlassen (Art. 8 RL 93/13/EWG).⁴³ Allerdings hat die Auslegung der nationalen Umsetzungsgesetze wiederum gemeinschafts- bzw. unionsrechtskonform, d.h. in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Unionsrechts, zu erfolgen.⁴⁴

1.1 Anwendungsbereich

Die Klauselrichtlinie erfasst in persönlicher Hinsicht ausschliesslich Verbraucherverträge,⁴⁵ d.h. Verträge zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Konsumenten (b2c-Verhältnis). Diese Einschränkung ist dadurch bedingt, dass die EU keine generelle Rechtsetzungskompetenz im Privatrecht hat. Ursprünglich diente die Klauselrichtlinie nicht dem Verbraucherschutz als solchem (die Kompetenzgrundlage dazu wurde erst später geschaffen), sondern der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen infolge unterschiedlicher Verbraucherschutzlevel.⁴⁶

41 Vgl. E. 2 u. E. 6 RL 93/13/EWG; m.w.H. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Vor Art. 1 RL N 1 ff.; NASSALL, AGB, N 6.

42 NASSALL, AGB, N 8.

43 M.w.H. NASSALL, AGB, N 18 f.; zur Umsetzung der verschiedenen europäischen Verbraucherrechtsrichtlinien in den einzelnen Mitgliedstaaten s. die ausführliche Darstellung bei SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS (Hrsg.), *EC consumer law compendium, the Consumer Acquis and its transposition in the member states*, München 2008 (aktualisierte Fassung [Stand: Juli 2012], abrufbar unter: <<http://www.eu-consumer-law.org>> [Stand: 1.7.2017]).

44 NASSALL, AGB, N 9; EuGH vom 4.2.1988, Rs. C-157/86 (Murphy) = Slg. 1988, I-637 m.w.H. zum Begriff der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung.

45 Die Begriffe des Verbrauchers und des Konsumenten sind synonym zu verstehen.

46 NASSALL, AGB, N 6; vgl. ferner Calliess/Ruffert-KREBBER, Art. 169 AEUV N 1 ff. m.w.H.

Art. 2 lit. b RL 93/13/EWG definiert den Verbraucher wörtlich als *natürliche Person*, die zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.⁴⁷ Der Verbraucher wird hier, ähnlich wie der Mieter im Mietrecht bzw. der Arbeitnehmer im Arbeitsrecht, unabhängig von seinen individuellen Verhältnissen und seiner tatsächlichen Verhandlungsmacht, in seiner soziologischen Rolle als schutzbedürftiger Marktteilnehmer verstanden.⁴⁸ Die ausdrückliche Beschränkung der Verbrauchereigenschaft auf natürliche Personen schliesst die Anwendbarkeit der Richtlinie auf juristische Personen (auch auf Vereine) kategorisch aus. Ausnahme bilden reine Personengemeinschaften (wie z.B. die Stockwerkeigentümergeinschaft).⁴⁹ Bei der Bewertung, ob der Vertrag ausserhalb der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit der natürlichen Person abgeschlossen wurde, kommt es nicht auf den inneren Willen bzw. den irrigen Glauben der Parteien an, sondern auf die tatsächlichen (i.S.v. objektiven) Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses.⁵⁰

In sachlicher Hinsicht erstreckt sich der Anwendungsbereich der Richtlinie auf alle *nicht individuell ausgehandelten Vertragsklauseln* (terms «*not individually negotiated*»).

Der Begriff der *nicht individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen* hat sich im Unionsrecht (und in damit assoziierten Soft-Law-Texten) etabliert und ist nicht deckungsgleich mit dem in der Schweiz geltenden AGB-Begriff,⁵¹ welcher seine europäische Entsprechung im sog. *standard contract* findet (vgl. Art. 3 Abs. 2

47 Dazu gehört vorab die Befriedigung persönlicher oder familiärer Interessen, wie etwa privates Wohnen, die Freizeitgestaltung, aber auch die persönliche Altersvorsorge und der persönliche bzw. der familiäre Versicherungsschutz (vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 2 RL N 7 ff.).

48 Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁵-WOLF, Art. 2 RL N 3.

49 Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁵-WOLF, Art. 2 RL N 5; Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 2 RL N 4.

50 Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁵-WOLF, Art. 2 RL N 6; Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 2 RL N 5.

51 S. Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG; Art. 2:104 u. Art. 4:110 PECL; Art. 7 i.V.m. Art. 83 CESL; Art. II.-1:110 i.V.m. Art. II.-9:403 DCFR, wobei sich die Autoren hier uneins sind, ob evtl. nicht sogar alle Vertragsbestimmungen der Inhaltskontrolle zugänglich sein sollen (s. im Detail auch S. 30); m.w.H. und Kritik zum Wandel vom AGB-Korrektiv hin zum Korrektiv der «nicht individuell ausgehandelten Klauseln» s. ZOLL, Tod der AGB, 226 ff.

RL 93/13/EWG).⁵² Bei den nicht individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen entfällt die Voraussetzung der Mehrfachverwendungsabsicht.⁵³ Dies bedeutet, dass sich der Kontrollgegenstand auch auf Klauseln in Einzelverträgen erstreckt, sofern diese nicht individuell ausgehandelt wurden.⁵⁴ Der Grund hierfür liegt im Umstand, dass das Schutzkonzept der Klauselrichtlinie grundsätzlich von fehlender Verhandlungsmacht aufseiten des Verbrauchers ausgeht. Danach bleibt die Schutzbedürftigkeit des einzelnen Verbrauchers dieselbe, egal ob der Klauselverwender nur einen oder noch weitere Verträge abzuschliessen gedenkt. Der Verbraucher muss die Chance haben, seine Interessen angemessen in den Vertrag einzubringen; eine einfache Besprechung der Bestimmung bzw. allgemein gehaltene Verhandlungen reichen dafür noch nicht aus.⁵⁵ Es muss vielmehr die reale Möglichkeit bestehen, den Kerngehalt der Bestimmung zu verhandeln und gegebenenfalls zu verändern.⁵⁶ Verwendet eine Partei einen Standardvertrag, in dem praktisch sämtliche Bestimmungen schon vorgedruckt sind, trägt sie im Streitfall die Beweislast, dass die fragliche Bestimmung individuell verhandelt wurde, die Vorformulierung also nicht kausal für die unveränderte Übernahme der betreffenden Bestimmung war (vgl. Art. 3 Abs. 2 S. 3 RL 93/13/EWG).⁵⁷ Selbstverständlich kann dieser Beweis nicht durch eine Standardvertragsbestimmung erbracht werden, worin die übernehmende Partei die Existenz individueller Verhandlungen der restlichen Klauseln bestätigt.⁵⁸ Wo hingegen kein Standardvertrag verwendet wurde, muss der Verbraucher das Ausbleiben von Verhandlungen beweisen.⁵⁹

Von einer Überprüfung durch die Richtlinie ausgenommen sind alsdann Vertragsbestimmungen, welche lediglich bindendes nationales Recht wiedergeben oder auf Grundsätzen internationaler Übereinkommen beruhen (Art. 1 Abs. 2 RL 93/13/EWG).⁶⁰ Es entspräche i.Ü. auch nicht dem Zweck

52 S.a. HEINRICHS, NJW 1993, 1819; Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁵-WOLF, Art. 3 RL N 17; gleiches gilt für die Standardvertragsbestimmung (*standard contract terms*) i.S.v. Art. 2 lit. d CESL-VO (Schulze-WENDEHORST, Article 2 CESL-VO N 9 m.w.H.).

53 Vgl. HEINRICHS, NJW 1993, 1818 sowie Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 4 für die Klauselrichtlinie; VON BAR/CLIVE, 76 u. 160 ff. für den DCFR.

54 Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁵-WOLF, Art. 3 RL N 15; Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 4.

55 Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁵-WOLF, Art. 3 RL N 21; VON BAR/CLIVE, 162 für den DCFR.

56 Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 15.

57 Ebenso Art. II.-1:110 Abs. 3 f. DCFR.

58 Für den DCFR s. VON BAR/CLIVE, 162.

59 Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 28 ff.

60 Ebenfalls von der Überprüfung ausgenommen sind nach h.M. Klauseln, die inhaltlich dem dispositiven Vertragsrecht (des auf den Sachverhalt anzuwendenden Rechts) ent-

der Klauselrichtlinie, zwingendes nationales Vertragsrecht auf seine Missbräuchlichkeit hin zu kontrollieren.⁶¹

Die unterschiedlich weit reichenden Regelungen des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs der Klauselrichtlinie lassen das schon damals vorhandene Streben nach der europäischen Privatrechtsharmonisierung erkennen. Die Einschränkungen im persönlichen Anwendungsbereich sind durch die begrenzte Rechtsetzungskompetenz im Bereich des Privatrechts bedingt. Wo allerdings geregelt werden durfte, wurden die Befugnisse weitgehend ausgeschöpft, was sich wiederum am sachlichen Anwendungsbereich zeigt, der eben nicht bei den AGB Halt macht, sondern sich auch auf *nicht im Einzelnen ausgehandelte Individualverträge* erstreckt.

Der Entwurf der Klauselrichtlinie sah ursprünglich sogar vor, Vertragsbedingungen in Konsumentenverträgen generell der Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung zuzuführen. Dieser Schritt hätte jedoch eine weitgehende Abkehr vom liberalen Modell der Vertragsfreiheit bedeutet und war in der Folge nicht mehrheitsfähig.⁶²

1.2 Missbrauchskontrolle

Die zentrale Bestimmung der Klauselrichtlinie ist die in Art. 3 Abs. 1 statuierte Generalklausel zur Missbrauchskontrolle:

Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG

Eine Vertragsklausel, die nicht im einzelnen ausgehandelt wurde, ist als missbräuchlich anzusehen, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht.

Der Begriff des *Missverhältnisses* wurde in der deutschen Fassung der Klauselrichtlinie etwas unglücklich gewählt, sprechen doch sowohl die englische als auch die französische und die italienische Fassung jeweils neutraler von einem «Ungleichgewicht» (*imbalance, déséquilibre bzw. squilibrio*).

sprechen (vgl. E. 13 RL 93/13/EWG; m.w.H. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 1 RL N 22 f.).

61 Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 1 RL N 20 ff.; NASSALL, AGB, N 15; Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁵-WOLF, Art. 1 RL N 33 ff.

62 Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Vor Art. 1 RL N 6 m.w.H. u. Verw.

a Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten

Der Kern der Missbrauchskontrolle liegt in der Ermittlung des für den Missbrauchs begriff relevanten Kontrollmassstabs. Dieser ist nach der herrschenden Ansicht grundsätzlich *europäisch-autonom* zu ermitteln.⁶³ Dies bedeutet, dass primär auf die «massgeblichen Wertungen» der Richtlinie und ihres, die Generalklausel konkretisierenden, Anhangs (mit Beispielen missbräuchlicher Klauseln) sowie auf die Erwägungsgründe abzustellen ist. Weiter sind allgemeine Prinzipien des europäischen Verbraucheracquis (wozu mittlerweile auch die PECL, ACQP sowie der DCFR zu zählen sind) sowie sich deckende nationalstaatliche Rechtsprinzipien zu berücksichtigen.⁶⁴

Bei der Missbrauchskontrolle ist zu berücksichtigen, dass Vertragsbedingungen, welche unmittelbar den Hauptgegenstand⁶⁵ oder das Preis-Leistungs-Äquivalent des Vertrags betreffen, von einer Überprüfung grundsätzlich ausgeschlossen sind, es sei denn, sie wären intransparent formuliert (Art. 4 Abs. 2 RL 93/13/EWG).⁶⁶ Obschon der Normtext eindeutig ein Transparenzerfordernis für die Ausnahmeregel statuiert, geht die Überprüfung intransparent formulierter Hauptleistungspflichten und der Preis-Leistungs-Äquivalenz sehr weit. Es wird dies u.a. mit dem Argument gerechtfertigt, dass der Klauselverwender durch seine intransparente Formulierung die Funktionsfähigkeit des marktliberalen Prinzips der Kontrollfreiheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses selbst ausser Kraft setze.⁶⁷ Mag dieses Argument aus dogmatischer Perspektive noch überzeugend sein, schlägt es in praktischer Hinsicht m.E. doch fehl. Stellt man sich vor, eine intransparent formulierte Hauptleistungspflicht würde infolge der Missbrauchskontrolle für ungültig erklärt werden, müsste eine Ersatzregel in die Lücke treten. Deckt sich diese dann nicht mehr mit dem Konsens der Vertragsparteien bzw. kann

63 Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 40 m.w.H.

64 Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 41.

65 Darunter sind vorab diejenigen Bestimmungen zu verstehen, die die Hauptleistungspflicht des Sach- bzw. des Dienstleistungsschuldner definieren (Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 4 RL N 28).

66 Allerdings sind Nebenbestimmungen, welche den Hauptgegenstand mittelbar beeinflussen können (so z.B. Preisanpassungsklauseln), durchaus der Überprüfung zugänglich (Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 49).

67 Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 4 RL N 36.

keine Regel gefunden werden, müsste der Vertrag letztlich für ungültig erklärt werden.⁶⁸

Sind die aus dem Vertrag entspringenden Rechte und Pflichten der Vertragsparteien im Hinblick auf ein und dieselbe Frage unterschiedlich ausgestaltet, liegt ein *formelles* Missverhältnis vor.⁶⁹

Ein *formelles* Missverhältnis kann beispielsweise dann angenommen werden, wenn der Klauselverwender nur für Verschulden, der Klauseladressat jedoch schon für leichte Fahrlässigkeit haftet. Ebenso, wenn eine Partei ein unbedingtes Rücktrittsrecht hat, während die andere Partei gar nicht oder nur unter bestimmten Umständen vom Vertrag zurücktreten kann.

Dass Missverhältnis kann ebenso ein *materielles* sein, wenn es sich auf der *inhaltlichen* Ebene abspielt.⁷⁰ Ein inhaltliches Missverhältnis kann allerdings nur festgestellt werden, wenn Klarheit darüber besteht, welches Verhältnis an vertraglichen Rechten und Pflichten angemessen erscheint. Diese Frage kann wiederum nicht losgelöst von dem sonstigen Gesetzesumfeld beurteilt werden. EBERS hält hierzu fest, dass die aus dem Vertrag und dem Klauselwerk ergebende Rechtsposition des Verbrauchers mit derjenigen zu vergleichen sei, die bestünde, wenn die beanstandete Klausel nicht in den Vertrag aufgenommen worden wäre.⁷¹ Die h.M. sieht das massgebende Referenzsystem für die Klauselkontrolle in erster Linie daher im nationalen dispositiven Recht der *lex causae*.⁷² Ein Missverhältnis zuungunsten des Verbrauchers nach Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG besteht demnach immer dann, wenn das dispositive Recht der anwendbaren nationalen Rechtsordnung eine für den Verbraucher günstigere Lösung vorsieht.

68 Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 4 RL N 37.

69 Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁵-WOLF, Art. 3 RL N 4 f.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 53.

70 Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 54.

71 SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, 413; s.a. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 55.

72 EuGH vom 14.3.2013, Rs. C-415/11 (Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa [Catalunyacaixa]) = EuZW 2013, 464 ff. = RIW 2013, 374 ff.; vgl. ferner Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers, 413; aus dt. Sicht s. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 55; aus frz. Sicht s. BROCK, 173.

Weiter muss das Missverhältnis *erheblich* sein. Es gilt hier der Grundsatz *minima non curat praetor*.⁷³ Ist das Missverhältnis von so geringer Auswirkung, dass ein Nachteil für den Verbraucher nicht signifikant hervortritt, dieser also nach den Massstäben von Treu und Glauben nicht unangemessen benachteiligt wird, dann soll die Klausel Bestand haben.

Die *de minimis*-Regel kommt auch in der englischen und in der französischen Fassung von Art. 3 RL 93/13/EWG deutlich zum Ausdruck, wonach eine missbräuchliche Klausel vorliegt, «if [...] it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations» bzw. «lorsque [...] elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties»⁷⁴.

Das *Verhältnis der Begriffe des erheblichen Missverhältnisses* und des *Verstosses gegen Treu und Glauben* lässt sich überdies nicht restlos klären.⁷⁵ Es bleibt zumindest die Frage, ob ein erhebliches Missverhältnis nicht schon den Verstoss gegen Treu und Glauben impliziert. Mehrere Mitgliedstaaten haben darüber hinaus das Erfordernis von Treu und Glauben in ihrer Umsetzungsgesetzgebung gar nicht erwähnt.⁷⁶

b Zum Nachteil des Verbrauchers

Das erhebliche Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten muss sich nach Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG zum Nachteil des Verbrauchers auswirken. Dazu ist jedwede Schmälerung seiner Rechte und Erweiterung seiner Pflichten geeignet.⁷⁷ Konkret führt dies nach der oben vertretenen Auffassung des Missverhältnisses auf einen Günstigkeitsvergleich zwischen der infrage stehenden Klausel und dem zur Anwendung gelangenden einzelstaatlichen dispositiven Recht.⁷⁸ Führt dieser Vergleich zu einem für den Verbraucher ungünstigen Ergebnis, ist die Nachteiligkeit zu bejahen.

c Verstoss gegen Treu und Glauben

Bei der Konkretisierung des Prinzips von Treu und Glauben nach den europäisch-autonomen Auslegungsregeln gilt es vorab festzuhalten, dass die ro-

73 SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, 413.

74 Hervorhebungen durch den Verfasser.

75 Vgl. SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, 369.

76 Vgl. SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, 421 f.

77 Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 56.

78 Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 59.

manischen Sprachfassungen im 16. Erwägungsgrund der Klauselrichtlinie, vergleichbar mit Art. 2 ZGB, von «*bonne foi*» bzw. «*buona fede*» sprechen und somit keine grammatikalische Trennung zwischen einem objektiven Begriff von Treu und Glauben und einem subjektiven Gutgläubigkeitsbegriff stattfindet. E. 15 RL 93/13/EWG spricht sich diesbezüglich immerhin Hilfe stellend für eine «*façon générale*» der Beurteilungskriterien aus, was eine objektive Deutung der «*bonne foi*» i.S.v. Treu und Glauben voraussetzt.⁷⁹ Diese Deutung wird zusätzlich durch den 3. und den 4. Satz im Erwägungsgrund 16 der Richtlinie gestützt, wonach insb. das Kräfteverhältnis der Parteien zu berücksichtigen sei, etwa ob von Seiten des Verwenders in irgendeiner Weise auf den Verbraucher eingewirkt wurde, einer Klausel zuzustimmen, oder ob den berechtigten Interessen des Verbrauchers durch loyales und billiges Verhalten seitens des Gewerbetreibenden angemessen Rechnung getragen wurde:

«[...] que, dans l'appréciation de la bonne foi, il faut prêter une attention particulière à la force des positions respectives de négociation des parties, à la question de savoir si le consommateur a été encouragé par quelque moyen à donner son accord à la clause [...]; que l'exigence de bonne foi peut être satisfaite par le professionnel en traitant de façon loyale et équitable avec l'autre partie dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes.»⁸⁰

Ziel ist eine generelle Festlegung der Beurteilungskriterien für die Überprüfung mutmasslich missbräuchlicher Vertragsklauseln, welche um eine dem Prinzip von Treu und Glauben folgende, globale Bewertung der Interessenlage der Parteien ergänzt werden muss,⁸¹ um so die inhaltliche Qualität und Ausgestaltung von Vertragsklauseln überprüfen zu können.⁸²

1.3 Klauselkatalog

Zwecks Konkretisierung der in Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG formulierten Generalklausel des Missbrauchstatbestands verweist die Richtlinie in Art. 3 Abs. 3 auf eine im Anhang befindliche, nicht erschöpfende Liste von Klauselstatbeständen.

⁷⁹ Ebenso die ital. Fassung: «*[...]necessario fissare in generale i criteri per valutare[...]»*.

⁸⁰ E. 16 S. 2 RL 93/13/EWG.

⁸¹ Vgl. E. 16 S. 1 RL 93/13/EWG: «*[...] un moyen d'évaluation globale des différents intérêts impliqués*».

⁸² Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 66.

Um eine europäisch-autonome Interpretation des Prinzips von Treu und Glauben im Sinne der Klauselrichtlinie zu gewinnen, empfiehlt es sich ferner, die im Anhang der Richtlinie befindliche Liste mit Klauseltatbeständen genauer zu untersuchen. Gerade weil der europäische Gesetzgeber dieser Liste Beispielcharakter zugeordnet hat,⁸³ eignen sich ihre Tatbestände besonders, um einen «europäischen» Treu-und-Glauben-Begriff zu bestimmen. In erster Linie lässt sich in einer Vielzahl der im Anhang aufgeführten Klauseln die Verletzung des Prinzips der *Vertragstreue*⁸⁴ erblicken, die meist schon auf einer *asymmetrischen Vertragsgestaltung*⁸⁵ beruht. Weiter ist die *Unbeachtlichkeit blosser Willensfiktionen*⁸⁶ dazu zu zählen sowie die *Unzulässigkeit von Abwicklungsprivilegien*.⁸⁷ Das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln, fordert zudem, die *Rechtsgüter* der anderen Vertragspartei zu *achten*⁸⁸ und den Rechtsschutz nicht einseitig zu verkürzen.⁸⁹ Schliesslich betreffen verschiedene Klauseltatbestände die *Stabilität des Preis-Leistungs-Verhältnisses*,⁹⁰ welches als wichtigster Parameter vertraglicher Austauschgerechtigkeit nicht durch einseitig vorformulierte Vertragsbedingungen ausgehebelt werden darf.⁹¹ Nimmt man alle diese Prinzipien zusammen, lässt sich hieraus zumindest eine ungefähre Vorstellung gewinnen, wie eine europäisch-autonom ermittelte Interpretation von Treu und Glauben auszusehen hat. Zur erforderlichen Intensität des Verstosses gegen die oben genannten Prinzipien lassen sich zwar keine konkreteren Angaben machen, das in Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG ebenfalls vorausgesetzte erhebliche Missverhältnis lässt aber darauf schliessen, dass geringfügige Verstösse im Rahmen einer Überprüfung unbeachtet bleiben sollen.

Der Charakter und insb. die Verbindlichkeit des Klauselkatalogs im Anhang der Richtlinie waren schon im Entstehungsprozess einer der Hauptdiskussionspunkte. Sollte der Anhang ursprünglich noch als verbindliche Liste miss-

83 Vgl. E. 17 RL 93/13/EWG.

84 Anh. Nr. 1 lit. c), d), f), g), k), n), o), p) RL 93/13/EWG.

85 Anh. Nr. 1 lit. d), p) RL 93/13/EWG.

86 Anh. Nr. 1 lit. h), i) RL 93/13/EWG.

87 Anh. Nr. 1 lit. b), e), o), p) RL 93/13/EWG.

88 Anh. Nr. 1 lit. a), b) RL 93/13/EWG.

89 Anh. Nr. 1 lit. m), q) RL 93/13/EWG.

90 Anh. Nr. 1 lit. g), (j), l), m) RL 93/13/EWG.

91 Vgl. zum Ganzen Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 3 RL N 67 ff.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁵-WOLF, Art. 3 RL N 13.

bräuchlicher Klauseln (sog. *black list*) verabschiedet werden,⁹² gibt er nun eine nicht erschöpfende und ebenso wenig verbindliche Liste von beispielhaften⁹³ Klauselbeständen wieder, der lediglich «Hinweischarakter» zukommt.⁹⁴ Ein Teil der Lehre vertrat fortan die Ansicht, dass es sich bei dieser Liste mit «Hinweis- und Beispielcharakter» um eine sog. *grey list* handle, den darin aufgeführten Klauseln hinsichtlich ihrer Missbräuchlichkeit also eine vom Verwender zu wiederlegende Vermutungswirkung zukomme. Dieser Ansicht hat der EuGH in der Folge jedoch widersprochen, wonach der «Hinweis- und Beispielcharakter» des Richtlinienanhangs keine Vermutungswirkung, sondern lediglich eine «*Indizwirkung*» begründe.⁹⁵ Im Ergebnis bedeutet dies, dass eine im Anhang aufgelistete Klausel zwar nicht schon präsumtiv als missbräuchlich zu gelten hat,⁹⁶ ihre Missbräuchlichkeit jedoch regelmässig im Rahmen einer Überprüfung festgestellt werden dürfte. Insgesamt spielt die Unterscheidung zwischen «*indikativer Liste*» und *grey list* somit hinsichtlich des Beweismasses eine Rolle.

Da die Mitgliedstaaten bei der einzelstaatlichen Umsetzung der Richtlinie auch strengere Bestimmungen erlassen dürfen (vgl. Art. 8 RL 93/13/EWG), können sie den Katalogbestände auch eine Vermutungswirkung im Sinne

92 Der Vorschlag war jedoch nicht mehrheitsfähig; vgl. ECKERT, WM 1993, 1076; DAMM, JZ 1994, 175.

93 Vgl. E. 17 RL 93/13/EWG.

94 ECKERT, WM 1993, 1076.

95 EuGH vom 7.5.2002, Rs. C-478/99 (Kommission der EG/Königreich Schweden) = Slg. 2002, I-4147; s.a. u. insb. die Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed, wonach es sich beim Anhang der Klauselrichtlinie nicht um eine *grey list*, sondern um eine «*blue (European) list [blauwe (Europese) lijst]*» handle (SA Geelhoed 31.1.2002, Rs. C-478/99 [Kommission der EG/Königreich Schweden], Rdnr. 26 u. 28 Fn. 10); vgl. ferner die Anmerkung PFEIFFER, EuZW 2002, 467 f.; bestätigt in EuGH vom 1.4.2004, Rs. C-237/02 (Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG/Ludger und Ulrike Hofstetter), Rdnr. 20 = Slg. 2004, I-3403 = NJW 2004, 1647.

96 In einem jüngeren Entscheid hat der EuGH den Anhang immerhin als «wesentliche Grundlage» für die Inhaltskontrolle bezeichnet (s. EuGH vom 26.4.2012, Rs. C-472/10 [Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési Zrt], Rdnr. 26 = GRUR 2012, 940); m.w.H. EBERS, LMK 2012, 333520, der daraus eine Vermutungswirkung des Anhangs ableitet. Dem muss m.E. aber widersprochen werden, da Rdnr. 25 des genannten Urteils die reine Hinweisfunktion nochmals deutlich erwähnt; a.A. MICKLITZ/REICH, EuZW 2013, 459, die im genannten Entscheid ebenfalls eine Tendenz hin zur *grey list* erblicken.

einer *grey list* zuerkennen oder bestimmte Klauseln von vornherein als missbräuchlich deklarieren (*black list*). Insgesamt soll der Katalog im Anhang der Klauselrichtlinie mittels praktischer Beispiele eine Konkretisierung der Generalklausel und damit eine harmonisierte Rechtsanwendung in den einzelnen Mitgliedstaaten gewährleisten.

1.4 Rechtsfolgen und Überprüfung von Amtes wegen

Wird eine Klausel im Rahmen der einzelstaatlichen Inhaltskontrolle durch ein nationales Gericht für missbräuchlich erklärt, gibt die Klauselrichtlinie den Mitgliedstaaten in Art. 6 Abs. 1 zwingend⁹⁷ vor, dass diese Klausel für den Verbraucher unverbindlich zu sein hat. Wie die rechtstechnische Ausgestaltung der Unverbindlichkeit auszusehen hat, bleibt dabei den Mitgliedstaaten selbst überlassen,⁹⁸ solange der Unternehmer keine Rechte oder Ansprüche aus der missbräuchlichen Klausel mehr ableiten kann.⁹⁹ Daraus folgt, dass eine Reduktion auf das gerade noch zulässige Mass (sog. geltungserhaltende Reduktion) mit dem Zweck der Klauselrichtlinie unvereinbar ist, da dies eine Teil- oder Restverbindlichkeit der missbräuchlichen Klausel bedeuten würde.¹⁰⁰ Der restliche Vertrag soll gemäss Art. 6 Abs. 1 2. Teilsatz RL 93/13/EWG so weit verbindlich bleiben, wie er ohne die missbräuchliche Klausel bestehen kann.

Der EuGH hat darüber hinaus in einer Reihe von Urteilen klargestellt, dass die Überprüfung einer potenziell missbräuchlichen Klausel von Amtes wegen zu erfolgen habe.¹⁰¹ Die Überprüfung *ex officio* stelle ein geeignetes Mittel zur Erreichung des in Art. 6 RL 93/13/EWG enthaltenen Ziels dar, wonach es zu verhindern gelte, dass der einzelne Verbraucher an eine missbräuchliche Klausel gebunden sei. Zudem wohne diesem Mittel eine *Ab-*

97 EuGH vom 26.10.2006, Rs. C-168/05 (Elisa Maria Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL), Rdnr. 36 = Slg. 2006, I-10421 = NJW 2007, 135.

98 M.w.H. SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, 432 ff.

99 Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 6 RL N 4.

100 Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 6 RL N 9.

101 EuGH vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo Editorial und Salvat Editores), Rdnr. 28 = Slg. 2000, I-4941 = NJW 2000, 2571; EuGH vom 21.11.2002, Rs. C-473/00 (Cofidis SA/Jean-Louis Fredout), Rdnr. 32 ff., insb. 38 = Slg. 2002, I-10875 = EuZW 2003, 27; EuGH vom 26.10.2006, Rs. C-168/05 (Elisa Maria Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL), Rdnr. 27 = Slg. 2006, I-10421 = NJW 2007, 135.

schreckungswirkung inne, welche geeignet sei, der Verwendung von missbräuchlichen Klauseln im Verbrauchergeschäft ein Ende zu setzen.¹⁰²

1.5 Fehlgeschlagene Novellierung der Klauselrichtlinie und die Auswirkungen auf Folgeprojekte

Im Rahmen der Einführung der europäischen Verbraucherrechterichtlinie RL 2011/83/EU¹⁰³ sollte die Klauselrichtlinie novelliert und in erstere integriert werden. Dieses Vorhaben scheiterte zuletzt an unüberwindbaren Differenzen im europäischen Parlament bzgl. des vollharmonisierenden Ansatzes, der mit jener Novelle verfolgt wurde.

Eine erfolgreiche Überführung der Klauselkontrolle in die als horizontales Instrument konzipierte Verbraucherrechterichtlinie hätte diejenigen Staaten, welche heute einen höheren Schutzstandard als jenen der Klauselrichtlinie verfolgen, dazu gezwungen, ihr Schutzniveau zu senken.¹⁰⁴

So wurde das «Kapitel V – Verbraucherrecht in Bezug auf Vertragsklauseln» in der Schlussdebatte aus der Vorlage der RL 2011/83/EU gestrichen und die Klauselrichtlinie mit mindestharmonisierendem Ansatz in Kraft belassen. Abseits dieser Entwicklungen hatte die Klauselrichtlinie einen nicht minder wichtigen Einfluss auf die akademischen Bestrebungen, einen gemeinsamen Referenzrahmen für ein europäisches Privatrecht zu entwickeln. Insb. Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG stand bei vielen Soft-Law-Texten Pate für die Generalklausel der b2c-Kontrolle.

2. Principles of European Contract Law (PECL) und Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles – ACQP)

2.1 PECL

Die im ausgehenden 20. Jh. von der Kommission für Europäisches Vertragsrecht (sog. *Lando Commission*) veröffentlichten *Principles of European*

102EuGH vom 26.10.2006, Rs. C-168/05 (Elisa Maria Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL), Rdnr. 27 = Slg. 2006, I-10421 = NJW 2007, 135; s.a. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 6 RL N 6 m.w.H.

103ABl. Nr. L 304 vom 22.11.2011 S. 64–88.

104S.a. STAUDENMAYER, 26

Contract Law waren das Ergebnis langjähriger Zusammenarbeit namhafter europäischer Rechtswissenschaftler. Die PECL sind u.a. dem gemeinschafts- bzw. heute dem unionsrechtlichen Ziel der Erleichterung des grenzüberschreitenden Handels zur Förderung des europäischen Binnenmarktes verpflichtet. Dabei sollte auch eine Verbindung zwischen dem kontinentaleuropäischen Kodifikationsrecht und dem *common law* hergestellt werden.¹⁰⁵ Die PECL sind dem *Soft-Law* zuzuordnen und möchten eine Grundlage für die Entwicklung eines harmonisierten europäischen Vertragsrechts bieten. Sie zeigen einerseits dort, wo Gemeinsamkeiten zwischen den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen bestehen, ebensolche auf und versuchen andererseits dort, wo keine Gemeinsamkeiten bestehen, die für ein europäisches Unionsrecht beste Lösungsvariante auszumachen.¹⁰⁶

Hinsichtlich der Inhaltskontrolle entsprechen die PECL im Wesentlichen der Generalklausel der Klauselrichtlinie:¹⁰⁷

Art. 4:110 PECL

Unfair Terms not Individually Negotiated

(1) A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, [...].¹⁰⁸

Bei genauerer Betrachtung fallen dennoch einige Unterschiede auf. So beschränkt sich die Klauselkontrolle der PECL nicht auf Konsumentenverträge, sondern findet ebenso Anwendung auf Unternehmensverträge wie auch auf Verträge, welche rein zwischen Konsumenten geschlossen werden.¹⁰⁹ Im Ergebnis kommt es bei der Inhaltskontrolle nach den PECL also nicht auf die persönlichen Eigenschaften der Parteien an, sondern einzig auf den sachlichen Umstand, dass die Parteien *nicht individuell ausgehandelte Vertragsbedingungen* verwenden.

¹⁰⁵Vgl. LANDO/BEALE, XXI f.

¹⁰⁶SCHULTE-NÖLKE, *Juridica Int'l* 2008, 28.

¹⁰⁷LANDO/BEALE, 270; SCHULTE-NÖLKE, *Juridica Int'l* 2008, 28 Fn. 7.

¹⁰⁸Vgl. auch die dt. Übersetzung bei VON BAR/ZIMMERMANN, 313: «Eine Partei kann eine Bedingung, die nicht individuell ausgehandelt wurde, anfechten, wenn sie entgegen den Geboten von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs zu einem wesentlichen Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten zum Nachteil dieser Partei führt, [...]».

¹⁰⁹LANDO/BEALE, 266.

Zudem fällt auf, dass die Generalklausel nach den PECL nicht nur einen Verstoss «*contrary to the requirement of good faith*» verlangt,¹¹⁰ sondern zusätzlich gegen «*good faith and fair dealing*». Der Zusatz des «*fair dealing*» ist jedoch nicht als eine qualifizierte Voraussetzung zu interpretieren, sondern vielmehr als eine Klarstellung im englischen Text, dass es sich bei der Voraussetzung des «*good faith*» um ein objektives Kriterium handelt und nicht etwa um das subjektive Element der Gutgläubigkeit.¹¹¹

Weiter verfügen die PECL über *keinen Klauselkatalog*, der zur Konkretisierung der Generalklausel dienlich wäre. In den Materialien zu den PECL wird jedoch ausdrücklich auf die Möglichkeit der Anlehnung an den Klauselkatalog der RL 93/13/EWG als «Inspirationsquelle» bei der Anwendung der Generalklausel durch den Richter hingewiesen.¹¹²

Schliesslich führt die Missbräuchlichkeit einer Klausel nach den PECL nicht zur Unverbindlichkeit der Bestimmung,¹¹³ sondern lediglich zu deren *Anfechtbarkeit*.¹¹⁴

2.2 ACQP

Im Gegensatz zu den PECL wollten die *Acquis Principles* keinen *code of best practice* für ein europäisches Vertragsrecht entwickeln, sondern den aktuellen Stand des vertragsrechtlichen *acquis communautaire* in der Europäischen Gemeinschaft und die dahinter stehenden allgemeinen privatrechtlichen Prinzipien abbilden.¹¹⁵ Dabei wurde nicht nur das Recht der verschiedenen Richtlinien systematisiert, sondern auch ein Augenmerk auf die jeweilige einzelstaatliche Umsetzung gelegt. Die ACQP liegen deshalb oft etwas über dem vom Unionsrecht vorgegebenen Minimalstandard.¹¹⁶

Die Klauselkontrolle ist ein geradezu mustergültiges Beispiel für die Methodik, die bei der Entwicklung der ACQP zum Einsatz kam. Das tragende Element bildet die Generalklausel der Klauselrichtlinie, was sich deutlich an den Elementen (1) nicht individuell ausgehandelte Klausel, (2) Verstoss gegen

¹¹⁰Vgl. Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG.

¹¹¹Vgl. PFEIFFER, ERPL 2011, 849.

¹¹²LANDO/BEALE, 266.

¹¹³Vgl. Art. 6 RL 93/13/EWG.

¹¹⁴Vgl. LANDO/BEALE, 269.

¹¹⁵Vgl. SCHULTE-NÖLKE, *Juridica Int'l* 2008, 28; PFEIFFER, GS Wolf, 112.

¹¹⁶SCHULTE-NÖLKE, *Juridica Int'l* 2008, 29.

das Gebot von Treu und Glauben sowie (3) erhebliches Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten zeigt, die auch in der Generalklausel der ACQP vorkommen:

Art. 6:301 ACQP

Unfairness of terms

(1) A contract term which has not been individually negotiated is considered unfair if it disadvantages the other party, contrary to the requirement of good faith, by creating a significant imbalance in the rights and obligations of the parties under the contract. [...]

Weiter ist die Unverbindlichkeit als Rechtsfolge einer missbräuchlichen Klausel (Art. 6:306 ACQP) inhaltlich identisch mit Art. 6 RL 93/13/EWG.

Darüber hinaus berücksichtigen die ACQP auch die Rechtsprechung des EuGH, was sich u.a. im Bereich des Klauselkatalogs zeigt, wo neben der, stark an den Anhang der Klauselrichtlinie angelehnten, *indikativen Liste* nach Art. 6:305 ACQP auch eine nicht abschliessende *black list* existiert (Art. 6:304 ACQP). Die darin als missbräuchlich eingestufte Gerichtsstandsklausel zugunsten des Unternehmerdomizils geht auf den *Océano Grupo*-Entscheid des EuGH zurück.¹¹⁷

In jenem Fall hatten die Beklagten des Ausgangsverfahrens jeweils einen Ratenkaufvertrag über eine Enzyklopädie für private Zwecke mit der gewerblich tätigen Verkäuferin (Klägerin) abgeschlossen. Diese Verträge enthielten eine Gerichtsstandsklausel zugunsten des Verkäuferdomizils, das in Barcelona lag. Da die Käufer der Enzyklopädien die Raten zu den vereinbarten Fälligkeitsterminen nicht zahlten, befasste die Klägerin den Juzgado de Primera Instancia Nr. 35 Barcelona mit der Sache, um die Verurteilung der Beklagten des Ausgangsverfahrens zur Zahlung der geschuldeten Beträge zu erreichen. Das Gericht hegte jedoch Zweifel an seiner Zuständigkeit, da das Tribunal Supremo Gerichtsstandsklauseln wie die, um die es in den bei ihm anhängigen Rechtsstreitigkeiten ging, wiederholt für missbräuchlich erklärt hatte. Die Entscheidungen der nationalen Gerichte zu der Frage, ob die Nichtigkeit missbräuchlicher Klauseln im Rahmen von Verfahren, die den Schutz von Verbraucherinteressen betreffen, von Amts wegen geprüft werden könnten, seien aber widersprüchlich gewesen, weshalb das Gericht dem EuGH die Frage vorlegte, ob der Verbraucherschutz, den die Klauselrichtlinie gewährleiste, es dem nationalen Gericht

¹¹⁷EuGH vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 (*Océano Grupo Editorial und Salvat Editores*) = Slg. 2000, I-4941 = NJW 2000, 2571; *Acquis Group-PFEIFFER/EBERS*, Art. 6:304 N 1 f. m.w.H.

erlaube, von Amts wegen zu prüfen, ob eine Klausel des ihm zur Prüfung vorgelegten Vertrages missbräuchlich sei, wenn es über die Zulässigkeit einer Klage vor den ordentlichen Gerichten zu entscheiden habe. Der EuGH hielt in seinem Urteil fest, dass das nationale Gericht von Amts wegen prüfen könne, ob eine Klausel des ihm vorgelegten Vertrages missbräuchlich sei, wenn es die Zulässigkeit einer bei den nationalen Gerichten eingereichten Klage zu prüfen habe. Ferner erwog der EuGH, dass die fragliche Gerichtsstandsklausel, welche den Gerichtsstand am Sitz des Gewerbetreibenden festlege, in einem Vertrag mit einem Verbraucher alle Kriterien erfülle, um als missbräuchlich im Sinne der Richtlinie qualifiziert werden zu können.¹¹⁸

Der grösste Unterschied zur RL 93/13/EWG besteht im persönlichen Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle. Während der Prüfung der Klauselrichtlinie nur b2c-Geschäfte unterliegen, erfassen die ACQP, gleich den PECL, jegliche Verträge zwischen privaten Wirtschaftsteilnehmern (sog. *p2p-rule*). Ein Grund für diesen erweiterten Anwendungsbereich liegt in der Berücksichtigung der ehemaligen RL 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (sog. Verzugsrichtlinie),¹¹⁹ die in Art. 3 Abs. 3 eine b2b-Inhaltskontrolle von für den Gläubiger nachteiligen Vereinbarungen nach dem Massstab der *Vereinbarkeit mit einer guten Handelspraxis* statuierte.¹²⁰ Wie schon bei den PECL genügt somit allein der sachliche Umstand, dass die Parteien nicht individuell ausgehandelte Vertragsbedingungen verwenden, um eine Inhaltskontrolle zu rechtfertigen.¹²¹ Einen weiteren Grund für die Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs sieht die Acquis Group im Umstand, dass schon viele Mitgliedstaaten der EU eine b2b-Inhaltskontrolle im innerstaatlichen Recht umgesetzt haben.¹²²

Da bei b2b-Geschäften von den Parteien mehr Selbstständigkeit und Durchsetzungsvermögen bei der Vertragsverhandlung erwartet werden darf, formu-

118 EuGH vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo Editorial und Salvat Editores), Rdnr. 21 ff.

119 ABl. Nr. L 200 vom 8.8.2000 S. 35–38. Diese Richtlinie wurde mittlerweile durch die RL 2011/7/EU (ABl. Nr. L 48 vom 23.2.2011 S. 1–10) ersetzt, deren Art. 7 Abs. 1 sich inhaltlich mit dem Art. 3 Abs. 3 RL 2000/35/EG deckt.

120 Acquis Group-PFEIFFER/EBERS, Art. 6:301 N 1; PFEIFFER, GS Wolf, 115.

121 Acquis Group-PFEIFFER/EBERS, Art. 6:301 N 3.

122 Vgl. die Aufzählung bei Acquis Group-PFEIFFER/EBERS, Art. 6:301 N 6 f.; m.w.H. zu den Gründen des erweiterten Anwendungsbereichs PFEIFFER, GS Wolf, 116; ferner auch ZOLL, Juridica Int'l 2008, 71.

liert Art. 6:301 Abs. 2 ACQP als Kompromiss für die auf Unternehmensgeschäfte erweiterte Inhaltskontrolle immerhin einen separaten Beurteilungsmassstab bei der Missbräuchlichkeitsprüfung. Danach sollen zwar auch im b2b-Bereich *nicht individuell ausgehandelte Vertragsbedingungen* einer Kontrolle unterstellt sein, ihre Missbräuchlichkeit soll aber nur festgestellt werden, wenn sie *grob von der guten Handelspraxis abweichen*.¹²³ Damit soll bei b2b-Geschäften die Berücksichtigung «einer vernünftigen unternehmerischen Praxis» und von «Branchenbesonderheiten» sichergestellt werden.¹²⁴ Der in Art. 6:304 f. ACQP enthaltene Klauselkatalog ist sodann ebenfalls nur auf b2c-Geschäfte anwendbar.

2.3 Fazit

Es bleibt festzuhalten, dass sowohl die PECL als auch die ACQP bei ihrer Klauselkontrolle schwerpunktmässig jeweils an den sachlichen Umstand anknüpfen, wonach mindestens eine Partei *nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen* in den Vertrag einbringt. Damit findet eine Verschiebung der dogmatischen Grundlage der Inhaltskontrolle statt. Indem die Zulässigkeit der Klauselkontrolle nämlich nicht mehr von der Konsumenteneigenschaft einer Partei abhängig ist, geht der Trend weg vom Konsumentenschutz hin zu einem ganz allgemeinen Schutz aller Marktteilnehmer vor «verhandlungsfreien Verträgen». Wer sich also Aufwand und Kosten für individuelle Vertragsverhandlungen sparen möchte, muss nach der Vorstellung der eben erläuterten Soft-Law-Texte bei der Vertragsgestaltung die Interessen seiner potenziellen Vertragspartner entsprechend mitberücksichtigen. Die Frage, wie stark diese Berücksichtigung sein muss, verlagert sich zumindest bei den ACQP dann auf die zweite Ebene, wo die persönlichen Eigenschaften der Parteien (b2c/b2b) beim Beurteilungsmassstab der Kontrolle relevant werden.

3. Draft Common Frame of Reference (DCFR)

Der akademische Entwurf für einen gemeinsamen Referenzrahmen für ein einheitliches europäisches Privatrecht (*Draft Common Frame of Reference*; kurz: DCFR) stellt die Erweiterung der PECL unter massgeblicher Berück-

¹²³Art. 6:301 Abs. 2 ACQP: «A term in a contract between businesses which has not been individually negotiated is considered unfair only if using that term would *grossly deviate from good commercial practice*» [Hervorhebung durch Verfasser].

¹²⁴PFEIFFER, GS Wolf, 116.

sichtigung (zumindest in Bezug auf die Klauselkontrolle) der ACQP dar.¹²⁵ Er ist das Ergebnis einer Kooperation zwischen der *Study Group on a European Civil Code*, welche aus der *Lando Commission* hervorging, und der *Acquis Group*.

Der DCFR übernimmt im Grundsatz die Klauselkontrolle der ACQP (und damit Grundelemente der RL 93/13/EWG),¹²⁶ wenn auch mit ein paar Unterschieden. Als Erstes fällt auf, dass der DCFR nicht nur eine, sondern gleich drei Generalklauseln für die Inhaltskontrolle vorsieht.

3.1 B2c-Verträge

Art. II.-9:403 DCFR behandelt die Inhaltskontrolle von Verträgen zwischen einem gewerblichen Anbieter und einem Konsumenten (b2c-Verträge) und deckt sich inhaltlich weitgehend mit Art. 3 Abs. 1 RL 93/13/EWG:

Art. II.-9:403 DCFR

Meaning of «unfair» in contracts between a business and a consumer

In a contract between a business and a consumer, a term [which has not been individually negotiated] is unfair for the purposes of this Section if it is supplied by the business and if it significantly disadvantages the consumer, contrary to good faith and fair dealing.

Es gilt an dieser Stelle anzumerken, dass Art. II.-9:403 DCFR in zwei Fassungen vorliegt. Diese widerspiegeln einen bis anhin ungelösten Konflikt zwischen der *Study Group* und der *Acquis Group*. Während Erstere sich für die Inhaltskontrolle sämtlicher von einem Unternehmen vorgeschlagener Vertragsbedingungen einsetzt, möchte die *Acquis Group* die Inhaltskontrolle auf jene Vertragsbedingungen beschränken, die nicht individuell ausgehandelt wurden (vgl. die eckigen Klammern in Art. II.-9:403 DCFR).¹²⁷

Nach der Ansicht verschiedener Autoren geht die Fassung der *Study Group*, wonach alle Vertragsbestimmungen in Verbraucherverträgen kontrollfähig sein sollen zu weit.¹²⁸ Dem ist m.E. zuzustimmen, denn wenn man sich

125 M.w.H. zur Entstehungsgeschichte s. etwa EIDENMÜLLER et al., JZ 2008, 532 f.; ERNST, AcP 2008, 251 ff.; ferner auch STOMPS, 182 f.; ZOLL, Juridica Int'l 2008, 69 f.

126 VON BAR/CLIVE, 634; SCHULTE-NÖLKE, Juridica Int'l 2008, 30 f.; HELLWEGE, AcP 2011, 683.

127 S.a. Intr. 79 DCFR; m.w.H. VON BAR/CLIVE, 634; PFEIFFER, GS Wolf, 120.

128 EIDENMÜLLER et al., JZ 2008, 538; PFEIFFER, GS Wolf, 120 f.; a.A. ZOLL, Juridica Int'l 2008, 74 ff.

grundsätzlich zum Prinzip der Privatautonomie bekennt (vgl. Art. II.-1:102 DCFR), sollte man von den Parteien individuell Vereinbartes nicht einer richterlichen Kontrolle unterziehen, solange sich die Vereinbarung in den Schranken des zwingend geltenden Rechts bewegt. Bei nicht ausgehandelten Klauseln liegt es anders, weil die Klausel hier kein Abbild einer bewussten Vereinbarung darstellt und somit eine richterliche Kontrolle gerechtfertigt ist. Nach PFEIFFER entmündige die Inhaltskontrolle ausgehandelter Klauseln den Verbraucher selbst dort, wo er mündig sein könne und wolle.¹²⁹

Die b2c-Kontrolle des DCFR umfasst weiter die Kriterien des Verstosses gegen das *Gebot von Treu und Glauben*¹³⁰ sowie des *erheblichen Ungleichgewichts zuungunsten des Konsumenten*. Die im Vergleich zu den Vorgängertexten abgeänderte Formulierung, wonach nicht eine «significant imbalance», sondern ein «significant disadvantage», also ein Nachteil, bestehen muss, soll nach den Materialien zum DCFR lediglich der Klarstellung dienen, dass das Kernelement der Inhaltskontrolle nicht etwa in der Ahndung eines ungünstigen Preis-Leistungs-Verhältnisses liege, sondern in einem Vergleich zwischen der fraglichen Klausel und der Regel, die gelten würde, wenn die Parteien diese Klausel nicht vereinbart hätten.¹³¹ Die b2c-Kontrolle des DCFR beschränkt sich somit auf folgende drei Fragen: (1) Weicht die Klausel vom subsidiär anzuwendenden Recht ab und, wenn ja, (2) wie erheblich? (3) Lässt sich die Abweichung unter Berücksichtigung des Gebots von Treu und Glauben rechtfertigen? Dabei steigen die Anforderungen an die Rechtfertigung mit wachsender Erheblichkeit der Abweichung.¹³²

¹²⁹PFEIFFER, ERPL 2011, 838 f.

¹³⁰Das Begriffspaar *good faith and fair dealing* dient m.E. auch im DCFR der Klarstellung, dass es sich um ein objektives Kriterium handelt und nicht im Sinne von Gutgläubigkeit verstanden werden soll (vgl. S. 26 zu den PECL).

¹³¹VON BAR/CLIVE, 634 f.

¹³²VON BAR/CLIVE, 635.

3.2 C2c-Verträge

Die zweite Generalklausel definiert die Inhaltskontrolle von Verträgen, in denen kein Unternehmen Partei ist (c2c-Verträge):

Art. II.-9:404 DCFR

Meaning of «unfair» in contracts between non business parties

In a contract between parties neither of whom is a business, a term is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and significantly disadvantages the other party, contrary to good faith and fair dealing.

Damit werden sowohl reine Konsumentenverträge (c2c-Verhältnis) von der Kontrolle abgedeckt als auch Verträge zwischen einem Nichtunternehmer ohne Konsumenteneigenschaft (Vereine, gemeinnützige Stiftungen, etc.), und einem Konsumenten, bzw. zwischen zwei Nichtunternehmern ohne Konsumenteneigenschaft.¹³³

Bei der Bestimmung fällt auf, dass sich der sachliche Anwendungsbereich nicht mehr auf alle *nicht individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen*, sondern nur noch auf *standard terms*, d.h. auf Allgemeine Geschäftsbedingungen erstreckt.¹³⁴ Damit fallen *nicht individuell ausgehandelte Vertragsbedingungen* nicht mehr in den Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle, sofern sie einmalig (ohne die Absicht der Mehrfachverwendung) einbezogen werden.¹³⁵ Die Materialien zum DCFR erklären diesen eingeschränkten Anwendungsbereich mit dem Umstand, dass man eine Mittellösung zwischen der «strikten» b2c-Kontrolle und der «liberalen» b2b-Kontrolle anstreben wollte.¹³⁶ Eine Unterscheidung zwischen «Ein-» und «Mehrwegklauseln» macht m.E. nur wenig Sinn, zumal bei der Klauselkontrolle eine Anknüpfung an die Mehrfachverwendung mitunter zu stossenden Ergebnissen führt.

Man stelle sich vor, jemand verkauft über ein Onlineverkaufsportaal sein altes Radio und einen Monat später seine alte Waschmaschine. Beiden Angeboten stellt er eine

¹³³Obschon beim DCFR offensichtlich versucht wurde, alle Varianten abzudecken, können Verträge zwischen einem Nichtunternehmer ohne Konsumenteneigenschaft und einem Unternehmen unter keine der drei Generalklauseln subsumiert werden (s.a. HELLWEGE, AcP 2011, 683).

¹³⁴Vgl. HELLWEGE/MILLER, 446 f. m.w.H.

¹³⁵ZOLL, *Juridica Int'l* 2008, 73.

¹³⁶VON BAR/CLIVE, 639.

zeitliche Beschränkung der Gewährleistung auf 6 Monate zur Seite. Streng genommen, hat er dann die Voraussetzung der Mehrfachverwendung erfüllt, womit die Klausel der Inhaltskontrolle unterliegt. Verkaufte er hingegen nur das Radio, bliebe er ausserhalb des Kontrollbereichs.

Die restlichen Bewertungskriterien sind wiederum identisch mit jenen der b2c-Kontrolle, weshalb auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden kann.¹³⁷ Nach den Erläuterungen in den Materialien zum DCFR müsse man bei der Kontrolle nach Art. II.-9:404 DCFR allerdings im Hinterkopf behalten, dass die dogmatische Grundlage nicht mehr in der Ausnutzung ungleicher Verhandlungsmacht zwischen Unternehmen und Konsumenten liege, sondern allein die Verwendung von AGB bereits ein Kontrollbedürfnis auslöse.¹³⁸ Diese Unterscheidung kann demnach zu einem anderen Ergebnis bei der Überprüfung einer Klausel führen. Dies deckt sich wiederum mit dem vorherigen Befund hinsichtlich der Entwicklung von der Klauselrichtlinie zu den PECL und den ACQP.¹³⁹ Es bleibt an dieser «Mittellösung» jedoch zu kritisieren, dass sie mitnichten einen «moderaten» Bewertungsmassstab für Geschäfte zwischen Privaten festlegt (dieser ist in seinem Wortlaut nämlich identisch mit jenem der b2c-Kontrolle), sondern lediglich eine Ausnahme bzgl. «Einwegklauseln» statuiert.

3.3 B2b-Verträge

Die dritte Generalklausel kommt zur Anwendung, bei denen beide Parteien gewerblich handeln (b2b-Verhältnis):

Art. II.-9:405 DCFR

Meaning of «unfair» in contracts between businesses

A term in a contract between businesses is unfair for the purposes of this Section only if it is a term forming part of standard terms supplied by one party and of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing.

Art. II.-9:405 DCFR ist weitgehend Art. 6:301 Abs. 2 ACQP nachempfunden, obschon auch hier wiederum nur *standard terms* Gegenstand der Überprüfung sind.

137S.o. S. 30 f.

138VON BAR/CLIVE, 640; krit. dazu HELLWEGE, AcP 2011, 683, der die Ansicht vertritt, wonach sich eine solche Differenzierung hätte «im Regeltext widerspiegeln dürfen».

139S.o. S. 29.

Bei der b2b-Kontrolle kommt im Unterschied zu den Art. II.-9:403 f. DCFR ein liberalerer Bewertungsmaßstab zur Anwendung, wonach eine Klausel nur dann missbräuchlich ist, wenn sie *in Treu und Glauben verletzender Weise grob von der guten Handelspraxis abweicht*.¹⁴⁰ Der Bewertungsmaßstab ist insofern mit jenem von Art. 6:301 Abs. 2 ACQP identisch, da er ebenfalls auf Art. 7 Abs. 1 der Verzugsrichtlinie (RL 2011/7/EU)¹⁴¹ basiert.¹⁴² Allerdings fällt auf, dass in Art. II.-9:405 DCFR das Element des «significant disadvantage» fehlt. Ist eine Klausel damit auch missbräuchlich, wenn sie grob von der guten Handelspraxis abweicht, ohne die andere Partei zu benachteiligen? Obschon sich die Materialien dazu ausschweigen, muss man m.E. davon ausgehen, dass eine Klausel auch bei der b2b-Kontrolle die andere Partei benachteiligen muss, um missbräuchlich zu sein.

3.4 Klauselkatalog

Was das Thema des Klauselkatalogs angeht, so folgt der DCFR weitgehend dem Konzept der ACQP. Auch hier findet man eine *black list*, die lediglich eine einzelne Klausel umfasst, welche auf den *Océano Grupo*-Entscheid des EuGH zurückgeht (Art. II.-9:409 DCFR).¹⁴³ Daneben existiert mit Art. II.-9:410 DCFR eine nicht erschöpfende *grey list* mit präsumtiv missbräuchlichen Klauseln, was insofern eine Abweichung zur «indikativen Liste» der ACQP darstellt, als im DCFR die Beweislast bei der Frage der Gültigkeit eindeutig dem Klauselverwender zukommt. Der Klauselkatalog soll insgesamt auch nur im b2c-Bereich zur Anwendung gelangen.¹⁴⁴

3.5 Fazit

Insgesamt lässt sich festhalten, dass der DCFR im Bereich der Klauselkontrolle eine sehr detailreiche und teils redundante Regelungstechnik verfolgt. Trotz des hohen Grads der Differenzierung ist es dem DCFR aber weder gelungen, alle Fallkonstellationen zu erfassen noch die Differenzen zwischen den einzelnen Kontrollmaßstäben ausreichend zu begründen, geschweige

¹⁴⁰Vgl. PFEIFFER, GS Wolf, 116.

¹⁴¹Ehemals Art. 3 Abs. 3 RL 2000/35/EG.

¹⁴²Vgl. VON BAR/CLIVE, 642.

¹⁴³VON BAR/CLIVE, 660.

¹⁴⁴So gemäss Art. II.-9:409 Abs. 1 DCFR und der Marginalie von Art. II.-9:410 DCFR. Die Frage, wie die Generalklauseln im b2b- und c2c-Bereich zu konkretisieren sind, bleibt unbeantwortet.

denn eine praktikable Handhabe der unterschiedlichen Kontrollstufen deutlich zu machen. Ein Mehrwert gegenüber den ACQP ist im Bereich der Klauselkontrolle m.E. daher nicht ersichtlich.

4. Vorschlag für ein gemeinsames europäisches Kaufrecht (CESL)

Im Oktober 2011 wurde mit der Veröffentlichung eines Vorschlags für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (*Common European Sales Law*) das jüngste Kapitel der Geschichte europäischer Privatrechtsharmonisierung aufgeschlagen.¹⁴⁵ Der Vorschlag fusst im Wesentlichen auf den Arbeiten des DCFR, berücksichtigt aber auch andere Soft-Law-Texte sowie den *acquis communautaire*.¹⁴⁶ Wichtig ist vorab festzuhalten, dass das vorgeschlagene Europäische Kaufrecht als *optionales Instrument* konstruiert wurde, es somit nur zur Anwendung gelangen soll, wenn es von den Parteien durch vertragliche Vereinbarung gewählt wurde (sog. *opt-in*-Verfahren).¹⁴⁷ Dazu soll es per europäische Verordnung in allen Mitgliedsstaaten unverändert zur Anwendung gelangen und parallel zu den bisherigen nationalen Vertragsrechtsordnungen bestehen.¹⁴⁸

Damit das CESL überhaupt gültig gewählt werden kann, müssen verschiedene Anwendungsvoraussetzungen erfüllt sein. Eine erste «Hürde» stellt der persönliche Anwendungsbereich dar. Obschon das CESL (im Falle seiner Anwendung) grundsätzlich sowohl eine b2c- als auch eine b2b-Inhaltskontrolle vorsieht, kann diese Vertragsordnung nach Art. 7 Abs. 1 CESL-VO nur gewählt werden, wenn die eine Partei ein *Unternehmer* ist und

145 M.w.H. zur Entstehungsgeschichte s. die ausführliche Darstellung bei SCHULTE-NÖLKE, Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: Schulte-Nölke et al. (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, München 2012, 1–20.

146 Vgl. E. 8 des Beschlusses der Kommission vom 26. April 2010 zur Einsetzung einer Expertengruppe für einen gemeinsamen Referenzrahmen im Bereich des europäischen Vertragsrechts (2010/233/EU; ABl. Nr. L 105 vom 21.4.2010 S. 109–111).

147 STAUDENMAYER, 26; MOSER, N 12; krit. LANDO, N 24 ff.; zur Bedeutung des CESL aus Schweizer Sicht vgl. HUGUENIN/MEISE, 316 ff.

148 Die Bandbreite der sich daraus ergebenden Fragen und Probleme, z.B. welches nationale Recht zur Anwendung gelangt, wenn das CESL eine Frage nicht selber regelt oder etwa die Frage nach dem Verhältnis zur Rom I-VO, kann und soll hier nicht Gegenstand der Darstellung sein; es wird hierzu auf die Beiträge HEISS, 240 ff. sowie LEIBLE, insb. N 8 ff. u. 37 verwiesen.

die andere Partei entweder ein *Verbraucher* oder ein *KMU* ist; eine b2b-Kontrolle bei Verträgen zwischen Grossunternehmen scheitert also schon an der Wählbarkeit des CESL.¹⁴⁹ Diese Einschränkung macht die Wahl des CESL im Unternehmensgeschäft gänzlich unpraktisch, da ein Unternehmen erst den Kunden analysieren müsste, um sicherzugehen, dass die Wahl des CESL überhaupt gültig ist. Unerwähnt bleiben auch die c2c-Geschäfte, womit das CESL etwa im Bereich des Onlinehandels zwischen Privaten (man denke z.B. an eBay oder ricardo) im Zweifel nicht zur Verfügung stünde.¹⁵⁰

Das CESL ist zudem räumlich nur bei *grenzübergreifenden* Geschäften wählbar, bei denen mindestens eine Partei ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem EU-Staat hat (Art. 4 Abs. 1 CESL-VO).¹⁵¹ In der Sache ist es auf *Kaufverträge, Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte sowie damit zusammenhängende Dienstleistungsverträge* beschränkt (vgl. Art. 5 lit. a–c CESL-VO).¹⁵²

Die Inhaltskontrolle des CESL erstreckt sich sachlich, wie schon ihre Paten, auf alle *nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen*.¹⁵³ Was unter diesen Begriff fällt, bestimmt das CESL selbst, indem es in Art. 7 eine fünf Absätze umfassende Definition enthält. Nach Art. 7 Abs. 1 CESL ist eine Vertragsbestimmung nicht individuell ausgehandelt, «wenn sie von einer Partei gestellt wurde und die andere Partei nicht in der Lage war, ihren Inhalt zu beeinflussen». Abs. 2 schliesst die Vermutung individueller Aushandlung im Falle der Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen einseitig gestellten Klauseln aus. Die restlichen Absätze behandeln die Beweislast der individuellen Aushandlung, welche generell beim Klauselverwender liegt.¹⁵⁴

Auch das CESL unterscheidet zwischen *nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen* und *Standardvertragsbestimmungen* (AGB), wobei Letztere als Teilmenge der Ersteren betrachtet werden, sich aber durch das Motiv der Mehrfachverwendung (mit verschiedenen Parteien) abgrenzen (vgl. Art. 2 lit. d CESL-VO).¹⁵⁵ Der

149Schulze-WENDEHORST, Article 7 CESL-VO N 3 f. u. insb. N 22 f. mit krit. Anmerkungen; ebenso PFEIFFER, Anwendungsbereich, N 19 ff.; ERNST, N 26.

150Krit. auch PFEIFFER, Anwendungsbereich, N 29 f.; DERS., ERPL 2011, 845.

151Krit. Schulze-WENDEHORST, Article 4 CESL-VO N 19; PFEIFFER, Anwendungsbereich, N 28.

152M.w.H. PFEIFFER, Anwendungsbereich, N 33 ff.; Schulze-WENDEHORST, Article 5 CESL-VO N 3 ff.

153Art. 83 Abs. 1 sowie Art. 86 Abs. 1 lit. a CESL.

154M.w.H. ERNST, N 7.

155Warum sich die eine Definition in der Verordnung selbst und die andere im Annex befinden, geht i.Ü. nicht aus den Materialien hervor. Dass die Definition der «nicht

Begriff der Standardvertragsbestimmungen kommt im CESL im Grunde nur in Art. 39 (Widersprechende Standardvertragsbestimmungen) zur Anwendung.¹⁵⁶ In diesem Kontext liegt der Schluss nahe, dass dem Begriff zusätzlich ein «Sammelement» innewohnt, er also alle *nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen* als (AGB-)Paket zusammenfasst. Da dies die Möglichkeit einer klaren Abgrenzung vom Restvertrag voraussetzt, hätte man Art. 39 Abs. 1 CESL konsequenter wie folgt formuliert: «Schlagen beide Parteien nicht individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen zur Einbeziehung vor, werden diese nur so weit Teil des Vertrags, als sie sich unabhängig von ihrer Formulierung inhaltlich decken oder zumindest ergänzen», und den Begriff der *Standardvertragsbestimmungen* gänzlich weggelassen.¹⁵⁷

Weiter sieht das CESL – wie schon seine Vorbilder – eine Inhaltskontrolle sowohl für b2c-Verträge als auch für b2b-Verträge vor. Wird eine Klausel im Zuge der Inhaltskontrolle als unfair eingestuft, ist sie nach Art. 79 Abs. 1 CESL für den Klauseladressaten einseitig unverbindlich,¹⁵⁸ während der Restvertrag verbindlich bleibt, sofern er ohne die nichtige Bestimmung Bestand haben kann (Art. 97 Abs. 2 CESL).¹⁵⁹

4.1 B2c-Verträge

Im Bereich der b2c-Verträge ist der Generalklausel ein *Transparenzgebot* (Art. 82 CESL) vorgeschaltet, welches den Klauselverwender obligiert, seine Klauseln in *einfacher und verständlicher Sprache abzufassen und mitzuteilen*. Verletzt er diese Pflicht, genügt dies u.U. schon, um eine Klausel als *unfair* i.S.v. Art. 83 CESL einzustufen und damit für unverbindlich zu erklä-

individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen» trotz offensichtlichen Bezuges zur «Standardvertragsbestimmung» nicht unter Art. 2 CESL-VO (Begriffsbestimmungen) erfolgt, ist m.E. nicht recht nachvollziehbar; vgl. auch Schulze-WENDEHORST, Article 2 CESLVO N 9; ERNST, N 5.

156 Zwar findet er auch in Art. 7 Abs. 3 CESL Erwähnung, doch ist jene Bestimmung ohnehin zirkulär, da eine Standardvertragsbestimmung nach der in Art. 2 lit. d CESL-VO gewählten Definition gar nie ausgehandelt sein kann (vgl. auch Schulze-WENDEHORST, Article 2 CESL-VO N 10). Die Klausel wiederholt im Grunde lediglich, dass die Beweislast für die individuelle Aushandlung (auch bei einem Klauselpaket) stets beim Klauselverwender liegt.

157 ERNST, N 10.

158 Schulze-MAZEAUD/SAUPHANOR-BROUILLAUD, Article 79 CESL N 2.

159 M.w.H. Schulze-MAZEAUD/SAUPHANOR-BROUILLAUD, Article 79 CESL N 8.

ren.¹⁶⁰ Das Transparenzgebot gilt zudem auch für die im Vertrag beschriebenen Hauptleistungen, welche ansonsten von der *fairness*-Kontrolle ausgenommen sind (vgl. Art. 80 Abs. 2 CESL).¹⁶¹

Die in Art. 83 Abs. 1 CESL enthaltene Generalklausel folgt im Wesentlichen den bereits bekannten Formulierungen aus den PECL, den ACQP sowie dem DCFR, welche allesamt auf Art. 3 Abs. 1 der Klauselrichtlinie zurückgeführt werden können.¹⁶² Danach ist eine Vertragsbedingung «unfair» im Sinne von Art. 83 CESL, wenn sie *nicht individuell ausgehandelt* wurde und ein *erhebliches Ungleichgewicht* zulasten des Verbrauchers bewirkt, welches dem *Grundsatz von Treu und Glauben und dem redlichen Geschäftsverkehr* zuwiderläuft:

Art. 83 Abs. 1 CESL

Meaning of «unfair» in contracts between a trader and a consumer

In a contract between a trader and a consumer, a contract term supplied by the trader which has not been individually negotiated within the meaning of Article 7 [CESL] is unfair for the purposes of this Section if it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer, contrary to good faith and fair dealing.

Auch im CESL besteht die b2c-Inhaltskontrolle aus dem Element des erheblichen Ungleichgewichts, welches um das Element des Verstosses gegen den Grundsatz von Treu und Glauben ergänzt wird.¹⁶³ Insbesondere müssen bei der *fairness*-Kontrolle des CESL die individuellen Umstände nach Art. 83 Abs. 2 CESL berücksichtigt werden, wozu die Klauseltransparenz, der Vertragsgegenstand, die Umstände des Vertragsschlusses sowie die restlichen Klauseln desselben Vertrags und weitere Klauseln aus verbundenen Verträgen gehören.

Ein verbindliches *Referenzsystem*, an dem die Qualität des durch eine Klausel verursachten Ungleichgewichts gemessen werden könnte, kann in Er-

¹⁶⁰Schulze-MAZEAUD/SAUPHANOR-BROUILLAUD, Article 82 CESL N 8 sowie Article 83 CESL N 8; a.A. WENDEHORST, 102.

¹⁶¹Schulze-MAZEAUD/SAUPHANOR-BROUILLAUD, Article 80 CESL N 5.

¹⁶²S.o. S. 25, 26 f. und 30.

¹⁶³Vgl. Schulze-MAZEAUD/SAUPHANOR-BROUILLAUD, Article 83 CESL N 12.

mangelung eines vollständig vereinheitlichten Vertragsrechts¹⁶⁴ höchstens in den Klauselkatalogen der Art. 84 f. CESL erblickt werden.

Die beiden im CESL enthaltenen Klauselkataloge unterteilen sich in eine *black list*, mit *per se* unfairen Vertragsbedingungen, und eine *grey list*, mit präsumtiv unfairen Vertragsbedingungen. Bei der *black list* nach Art. 84 CESL muss zudem davon ausgegangen werden, dass die darin aufgelisteten Klauseln in Verbraucherverträgen auch ungültig sein werden, wenn sie individuell ausgehandelt wurden.¹⁶⁵ Im Unterschied zu allen vorangegangenen Klauselkatalogen enthält die *black list* des CESL aber nicht nur das Verbot exklusiver Gerichtsstandsklauseln, sondern listet eine ganze Reihe weiterer Klauseln auf, die in den vorangegangenen Instrumenten noch Teil der indikativen Liste der Klauselrichtlinie, einer *grey list* im Soft-Law-Bereich oder gar nicht Teil einer Liste waren.¹⁶⁶ Die in Art. 85 CESL enthaltene *grey list* mit präsumtiv unfairen Klauseln kann demgegenüber nur im Zusammenhang mit der Generalklausel nach Art. 83 CESL zur Anwendung gelangen. Verwendet der Anbieter eine der aufgelisteten Klauseln in seinem Vertrag, so trägt er bei der *fairness*-Kontrolle nach Art. 83 CESL die Beweislast dafür, dass diese Klausel im konkreten Fall individuell ausgehandelt oder zumindest nicht unfair ist.¹⁶⁷ Gerade der Umstand, dass einige Klauseln im Vergleich zum indikativen Katalog des Anhangs der Klauselrichtlinie redaktionell verändert oder gar in die *black list* umgeteilt wurden, ist mit Blick auf die europäische Rechtsprechung zum *acquis communautaire* kritisch zu betrachten. Sollte das CESL in Zukunft geltendes europäisches Recht werden, wird sich unweigerlich die Frage stellen, wie die unterschiedlichen Kataloge von Klauselrichtlinie und CESL zueinander stehen.¹⁶⁸

164 Das CESL selbst bietet nur für Teile des Schuldrechts eigene Regeln an. Wo Lücken bestehen, wie etwa bei der Frage der Stellvertretung, die vom CESL gar nicht geregelt wird, müsste somit einzelstaatliches Recht einspringen, das jedoch von Staat zu Staat verschieden ist.

165 Vgl. Schulze-MAZEAUD/SAUPHANOR-BROUILLAUD, Article 84 CESL N 1; s.a. ERNST, N 18 m.w.H.; ferner WENDEHORST, 100.

166 Vgl. etwa Art. 84 lit. b) CESL, wonach eine Klausel, die die Schadenersatzpflicht des Unternehmers für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit ausschliesst, *per se* unfair ist.

167 Vgl. Schulze-MAZEAUD/SAUPHANOR-BROUILLAUD, Article 85 CESL N 1; m.w.H. s. PFEIFFER, ERPL 2011, 851 f., der innerhalb der grauen Liste zwischen zwei Fallgruppen (wertungsabhängige Klauseln u. reine Vermutungstatbestände) differenziert.

168 Vgl. ERNST, N 21 f. m.w.H., der u.a. vor einem «gespaltenem Bestand von europäischem *case law*» warnt.

4.2 B2b-Verträge

Im Bereich der reinen Unternehmensverträge statuiert Art. 86 CESL eine separate Kontrollbestimmung, welche zum einen *keine Berücksichtigung des Transparenzgebots* mehr verlangt,¹⁶⁹ zum andern *keinen Klauselkatalog* zur Seite hat. Davon muss zumindest ausgegangen werden, wenn man der Systematik des CESL folgen will, welche die Klauselkataloge nicht im Abschnitt der «Allgemeinen Bestimmungen», sondern im Abschnitt über die Verträge «zwischen einem Unternehmen und einem Verbraucher» auf-führt.¹⁷⁰

Die fairness-Kontrolle selbst erstreckt sich auf alle nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen, deren Verwendung gegen das Gebot von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs verstösst und eine Abweichung von der guten Handelspraxis darstellt:

Art. 86 Abs. 1 CESL

Meaning of «unfair» in contracts between traders

In a contract between traders, a contract term is unfair for the purposes of this Section only if:

- (a) it forms part of not individually negotiated terms within the meaning of Article 7 [CESL]; and
- (b) it is of such a nature that its use grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing.

Bei der b2b-Kontrolle des CESL wird, wie schon beim DCFR, nicht auf ein Treu und Glauben verletzendes erhebliches Ungleichgewicht abgestellt, sondern auf eine Treu und Glauben verletzende grobe Abweichung von der «guten Handelspraxis».¹⁷¹ Im Unterschied zum DCFR findet die b2b-Kontrolle des CESL aber nicht nur bei *standard terms* Anwendung, sondern erstreckt sich, gleich wie in den ACQP, auf alle *nicht individuell ausgehandelten Vertragsbestimmungen*.¹⁷² Ob der gegenüber der b2c-Kontrolle liberalisierte

¹⁶⁹Hier sind denn auch die Hauptleistungen vorbehaltlos von der Kontrolle ausgenommen (vgl. Art. 80 Abs. 3 CESL).

¹⁷⁰Vgl. auch ERNST, N 25.

¹⁷¹Schulze-MAZEAUD/SAUPHANOR-BROUILLAUD, Article 86 CESL N 4; vgl. auch ERNST, N 28, der die berechnete Frage stellt, ob es überhaupt eine grobe Abweichung von der «guten Handelspraxis» gibt, die nicht gegen Treu und Glauben verstösst.

¹⁷²Vgl. Schulze-MAZEAUD/SAUPHANOR-BROUILLAUD, Article 86 CESL N 2.

Kontrollmassstab in der Praxis tatsächlich auch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen würde, erscheint darüber hinaus fraglich.¹⁷³ Selbst wenn man davon ausginge, dass dem Richter diese Abgrenzung gelingen würde, bliebe das Problem, dass «gute Handelspraxis» lokal sehr unterschiedlich ausfallen kann sowie zeitlichen Schwankungen unterliegt und damit wohl kaum als Kontrollmassstab für eine paneuropäische Inhaltskontrolle für Unternehmensgeschäfte taugt.¹⁷⁴ Hinzu kommt, dass sich eine bestimmte Handelspraxis i.d.R. gerade aufgrund von AGB so entwickelt, das Kontrollobjekt folglich den Kontrollmassstab definiert. Ausserdem stellt sich die Frage, welche Handelspraxis gut und welche schlecht ist. Und wer entscheidet darüber? Letztlich stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn es keine eindeutige Praxis gibt.¹⁷⁵ Alle diese Erwägungen führen m.E. zu der ernüchternden Erkenntnis, dass der Richter am Ende doch dazu übergehen wird, die anwendbaren dispositiven Gesetzesbestimmungen (evtl. in einer wirtschaftsliberalen Auslegungsvariante) sowie die Klauselkataloge in Art. 84 f. CESL als Kontrollmassstab zu verwenden.¹⁷⁶ Rechtssicherheit, welche ja ein Hauptbeweggrund für die Wahl eines optionalen Instruments darstellen soll, wird so jedenfalls nicht hergestellt.¹⁷⁷

4.3 Aktueller Stand des Gesetzgebungsverfahrens

Am 26. Februar 2014 hat das Europäische Parlament in einer ersten Lesung zum Vorschlag des CESL über insgesamt 264 Änderungen beraten.¹⁷⁸ Der damit neu verfasste Standpunkt enthält im Bereich der b2c-Inhaltskontrolle folgende wichtigen Änderungen:

- Ausweitung des Anwendungsbereichs auf alle (d.h. auch individuell ausgehandelte) Vertragsbedingungen.

¹⁷³ WENDEHORST, 104; ERNST, N 30; HESSELINK, 147.

¹⁷⁴ Vgl. HELLWEGE, IHR 2012, 227; krit. auch ERNST, N 29.

¹⁷⁵ So auch ERNST, N 29.

¹⁷⁶ Vgl. auch ZOLL, euvr 2012, 19, der in der Formulierung «grobe Abweichung von der guten Handelspraxis» lediglich einen Hinweis für den Richter erblickt, wonach die Inhaltskontrolle im b2b-Bereich «wesentlich zurückhaltender zur Anwendung» zu kommen habe.

¹⁷⁷ Im Ergebnis schon ERNST, N 30; ZOLL, euvr 2012, 19; ferner auch HESSELINK, 147; a.A. PFEIFFER, ERPL 2011, 848.

¹⁷⁸ Abrufbar unter: <[http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0284\(COD\)&l=en](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0284(COD)&l=en)> (Stand: 1.7.2017).

- Keine Ausnahme von der Prüfung hinsichtlich des Hauptgegenstands und der Angemessenheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses.
- Weitgehende Verschärfung der Klauselkontrolle durch die Verschiebung zahlreicher *grey-list*-Klauseln in die *black list*.

Ende 2014 kündigte die EU-Kommission an, den Vorschlag des CESL zurück zu ziehen und durch einen Alternativvorschlag zu ersetzen.¹⁷⁹ Im Dezember 2015 wurde der Vorschlag des CESL sodann durch zwei Alternativvorschläge¹⁸⁰ ersetzt, welche beide einen vollharmonisierenden Ansatz verfolgen, aber keine Bestimmungen zur Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen mehr enthalten.

5. Fazit

In der europäischen Rechtsentwicklung lässt sich ein klarer Trend zu einer gerichtlichen Inhaltskontrolle in allen Geschäftsbereichen erkennen. Der DCFR wie auch das CESL sehen jeweils eine Inhaltskontrolle sowohl im b2c- als auch im b2b-Bereich vor. Allen gemein ist, dass das kontrollauslösende Kriterium in der *Verwendung nicht individuell ausgehandelter Vertragsbedingungen* liegt. Persönlichen Merkmalen der Parteien, wie etwa die Konsumenteneigenschaft oder die Verfolgung kommerzieller Interessen, wird sodann erst auf einer zweiten Ebene begegnet, wo es um die Anwendung eines mehr oder weniger strikten Kontrollmassstabs der Inhaltskontrolle geht. Allen Kontrollklauseln ist gemein, dass sie eine Fülle an unbestimmten Rechtsbegriffen beinhalten, welche es im Einzelfall richtig auszulegen gilt. In den oben beschriebenen Regelwerken sollen darin enthaltene bzw. angefügte Klauselkataloge diese Aufgabe jeweils erleichtern. Hierin liegt m.E. aber gerade die Gefahr, dass die Referenzmassstäbe für die Inhaltskontrolle im b2c- und b2b-Bereich (ungewollt) vermischt werden. Obschon der Richter bei einer b2b-Kontrolle den kaufmännischen Bedürfnissen Rechnung tragen soll, werden Katalogtatbestände – selbst wenn sie nur im Konsumge-

¹⁷⁹Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM (2014) 910 final, Annex 2, Nr. 60.

¹⁸⁰Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (2015/0287[COD]) sowie Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods (2015/0288[COD]).

schäft angewendet werden sollen – einen Einfluss auf die Beurteilung der infrage stehenden Klausel haben.¹⁸¹ Dies zeigt sich deutlich am Beispiel Deutschlands, wo die Klauselkataloge (§§ 308, 309 BGB) nach § 310 Abs. 1 BGB im Bereich der b2b-Kontrolle ausdrücklich nicht zur Anwendung kommen sollen, der BGH ihnen dann aber dennoch Indizwirkung zuerkannt hat.¹⁸²

II. Art. 8 UWG als autonom nachvollzogenes Unionsrecht?

Art. 8 UWG lehnt sich in seiner revidierten Fassung stark an die Generalklausel der europäischen Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klauselrichtlinie)¹⁸³ an. Es stellt sich die Frage, ob diese Richtlinie und insbesondere die Entwicklung der zugehörigen europäischen Rechtsprechung bei der Auslegung und Anwendung von Art. 8 UWG berücksichtigt werden muss.

Bei der Angleichung des schweizerischen Rechts an die Rechtsentwicklungen des Europäischen Wirtschaftsraums kann grundsätzlich zwischen drei Vorgehensweisen unterschieden werden: Die Angleichung mittels *Staatsverträgen*, durch *autonomen Nachvollzug* oder im Rahmen *klassischer Rechtsvergleichung*.¹⁸⁴ Da die Einführung einer offenen Inhaltskontrolle bzw. die Revision von Art. 8 UWG nicht auf einer staatsvertraglichen Verpflichtung beruht, fällt diese Form der Angleichung ausser Betracht. Es bleibt die Frage, ob Art. 8 UWG ein Fall *autonomen Nachvollzugs* europäischen Unionsrechts darstellt oder ob es sich vorliegend um einen durch das Unionsrecht beeinflussten Fall *klassischer Rechtsvergleichung* handelt.

Der *autonome Nachvollzug* von europäischem Recht basiert auf einem bewussten politischen Entscheid, schweizerisches Recht freiwillig europakompatibel auszugestalten und dabei unterschiedliche legislatorische Lösungen möglichst zu vermeiden.¹⁸⁵ Es handelt sich um eine bewusste und informierte

181 Vgl. auch ERNST, N 30.

182 So etwa in BGH vom 19.9.2007 – VIII ZR 141/06 = NJW 2007, 3774, 3775; BGH vom 20.4.1993 – X ZR 67/92 = NJW 1993, 2054, 2055; s.a. MICKLITZ, EuZW 1999, 490.

183 ABl. Nr. L 095 vom 21.4.1993 S. 29–34.

184 Vgl. COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 359 f.

185 COTTIER et al., 146; COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 360.

Berücksichtigung europäischen Rechts mit dem Motiv, durch europakompatible Gesetzgebung die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Wirtschaft zu fördern.¹⁸⁶ Autonomer Nachvollzug bedeutet Harmonisierung sowohl im Bereich der Rechtssetzung als auch in der Rechtsauslegung und -anwendung.¹⁸⁷ Für die Rechtsanwendung bedeutet dies, dass die Gerichte bei der Auslegung autonom nachvollzogenen Rechts dazu angehalten sind, europäisches Recht zu berücksichtigen.¹⁸⁸ Dies ergibt sich aus der selbstgewählten Zielsetzung der Europakompatibilität. Nachvollzogenes Binnenrecht ist im Zweifel somit europarechtskonform auszulegen.¹⁸⁹ Dies kann gar so weit gehen, dass dabei auch die Weiterentwicklung des europäischen Rechts zu berücksichtigen ist.¹⁹⁰ Das ist dann der Fall, wenn der Rechtsanwender – der mittels historischer Auslegung jeweils den Umfang des europäischen Nachvollzugs eruieren muss – zum Schluss gelangt, dass der Gesetzgeber auch die Weiterentwicklung des europäischen Rechts berücksichtigt wissen wollte.¹⁹¹ Der autonome Nachvollzug europäischen Rechts sollte nach Ansicht des Schweizer Gesetzgebers grundsätzlich nur dort angestrebt werden, wo wirtschaftliche Interessen dies erfordern oder rechtfertigen bzw. der gesetzgeberische Wille einen autonomen Nachvollzug klar zum Ausdruck bringt.¹⁹²

Demgegenüber dient die *klassische Rechtsvergleichung* im Rahmen der methodenpluralistischen Auslegung einer im Kontext zum europäischen Recht vorteilhaften Rechtsentwicklung, ohne von einem gesetzgeberischen Willen nach Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit und Beseitigung unnötiger Handelshemmnisse geleitet zu sein. Für die Berücksichtigung europäischen Rechts unter dem Titel der *klassischen Rechtsvergleichung* ist daher typisch, dass ein unionsrechtliches Institut in abgeänderter Form und an eine konkrete Problemlage – die sich von derjenigen im Unionsrecht allerdings unterscheidet – adaptiert ins schweizerische Recht Eingang findet, ohne dass die europäische Regelung *tel quel* übernommen wird.¹⁹³ In diesen Fällen, in denen

186COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 361 f.

187WIDMER, 92.

188COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 364.

189BGE 129 III 335, 350 E. 6; BGE 130 III 182, 190 E. 5.1.1.

190COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 365; WIDMER, 92.

191BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 302.

192Bericht des Bundesrates über die Evaluation der schweizerischen Europapolitik, BBl 2010, 7239 ff., 7288; WIDMER, 95 f.

193COTTIER et al., 146.

eine Übereinstimmung mit dem europäischen Recht nicht bewusst vorliegt, steht es den Gerichten frei, wie weit sie das europäische Recht bei der Auslegung bzw. Anwendung der fraglichen Norm im Sinne der Rechtsvergleichung berücksichtigen möchten.¹⁹⁴

Ob bei Art. 8 UWG ein Fall des autonomen Nachvollzugs von europäischem Recht vorliegt, erscheint fraglich.

1. Wortlaut der Bestimmung

Vergleicht man den Gesetzeswortlaut von Art. 8 UWG mit der Generalklausel der europäischen Klauselrichtlinie in Art. 3 RL 93/13/EWG, fällt zwar eine weitgehende Übereinstimmung auf, dennoch liegt keine vollständige Übernahme des Richtlinientextes vor, zumal nebst unterschiedlicher Formulierungen auch lediglich der erste Absatz der Generalklausel der Klauselrichtlinie übernommen wurde. Insbesondere fehlt der in Art. 3 Abs. 3 RL 93/13/EWG enthaltene Verweis auf den Beispielkatalog missbräuchlicher Klauseln.¹⁹⁵

Ebenfalls bemerkenswert ist, dass sich der Schweizer Gesetzgeber dafür entschieden hat, zwar die Begriffe *Missverhältnis* und *squilibrium* aus der Klauselrichtlinie zu übernehmen, jedoch in der französischen Version des Art. 8 UWG von *disproportion* spricht und nicht den Begriff *déséquilibre* verwendet – wie er in der französischen Fassung der Klauselrichtlinie verwendet wird. Die Materialien schweigen sich zu den Motiven dieser Abweichung allerdings aus, sodass nicht gesagt werden kann, ob es sich um eine bewusste Unterscheidung oder ein Versehen handelt.

2. Autonomer Nachvollzug aufgrund wirtschaftlicher Interessen

Weiter ist zu prüfen, ob sich die Annahme eines autonomen Nachvollzugs aufgrund wirtschaftlicher Interessen gebietet. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass im Bereich der AGB-Kontrolle eine gewisse Angleichung an das europäische Recht aus Sicht des politischen Anliegens nach mehr Konsumentenschutz wünschenswert erscheint. Daraus ein wirtschaftliches Interesse abzuleiten, welches eine Angleichung an die wesentlich höheren europäi-

¹⁹⁴COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 364; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 303.

¹⁹⁵M.w.H. WIDMER, 95.

schen Standards geböte, ginge wohl aber zu weit¹⁹⁶, zumal infolge der bloss partiellen Angleichung an den europäischen Richtlinien text eine Vereinfachung des europäischen Wirtschaftsverkehrs nicht als sicher erscheint.

3. Autonomer Nachvollzug aufgrund ausdrücklichen gesetzgeberischen Willens

Es bleibt die Frage, ob die Annahme eines autonomen Nachvollzugs auf einem ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen gründen kann. Die Botschaft äussert sich zum Thema des autonomen Nachvollzugs nur spärlich. Oberstes Ziel der Revision von Art. 8 UWG sei die Stärkung des materiellen Lauterkeitsschutzes durch die Schaffung eines «griffigeren Instrumentariums gegen missbräuchliche allgemeine Geschäftsbedingungen».¹⁹⁷

Gegen die Annahme eines autonomen Nachvollzugs spricht sodann die ursprüngliche Absicht des Gesetzgebers ein über den europäischen Massstab hinausschiessendes Instrumentarium zu installieren, denn ursprünglich sollte sich der Schutzbereich nicht nur auf Konsumentinnen und Konsumenten erstrecken, sondern auch gewerbliche Abnehmerinnen und Abnehmer umfassen.¹⁹⁸

Ferner verwendet die Botschaft im Zusammenhang mit der Generalklausel der Klauselrichtlinie zwar die Ausdrücke «Angleichung»¹⁹⁹, «weitgehende Entsprechung»²⁰⁰, oder «weitgehende Europakompatibilität»²⁰¹, von der Absicht europäisches Recht autonom nachvollziehen zu wollen, ist jedoch nirgends die Rede. Aus der Botschaft geht m.E. somit kein zweifelsfreier Wille hervor, dass europäisches Recht autonom nachvollzogen werden sollte.

In den darauffolgenden parlamentarischen Debatten zur Revision des UWG – in denen Art. 8 UWG schliesslich in seine geltende Form gebracht wurde – spielte das Thema autonomer Nachvollzug ebenfalls keine wesentliche Rolle. Aus dem amtlichen Bulletin lassen sich u.a. folgende Passagen zitieren:

196So auch WIDMER, 95.

197Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6152, 6161 f.

198Vgl. Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6180.

199Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6171.

200Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6173.

201Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6187.

«Soweit wir Ihnen in der Vorlage neue Vorschriften vorschlagen, sind diese europarechtskonform ausgestaltet worden. Das betrifft insbesondere die Regelung über die Schneeballsysteme. Der griffigere Artikel 8 betreffend missbräuchliche Geschäftsbedingungen ist der Generalklausel von Artikel 3 der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen angeglichen worden. Wir haben aber nicht die gesamte EU-Richtlinie übernommen. Der vorliegende Entwurf nimmt auch Abstand davon, das UWG vollständig der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken anzupassen. Ein solcher Schritt würde nämlich bedingen, dass das UWG von Grund auf neu konzipiert werden müsste; das halten wir für nicht nötig, sodass wir darauf verzichtet haben.»²⁰²

«Noch ein Wort zur Europakompatibilität: Soweit in der Vorlage neue Vorschriften vorgeschlagen werden, sind sie europarechtskonform ausgestaltet worden. Dies betrifft insbesondere die Regelung bezüglich der Schneeballsysteme und die griffigere Formulierung betreffend missbräuchliche Geschäftsbedingungen, ohne dass die gesamte EU-Richtlinie übernommen wird.»²⁰³

«Art. 8 gemäss Entwurf des Bundesrates orientiert sich an der EU-Richtlinie von 1993 über missbräuchliche Klauseln, ohne diese integral zu übernehmen.»²⁰⁴

«Der Kompromissvorschlag des Ständerates ist praktisch identisch mit der entsprechenden Generalklausel der europäischen Richtlinie über missbräuchliche Klauseln.»²⁰⁵

Obschon aus den genannten Passagen hervorgeht, dass Art. 8 UWG zwar eindeutig von der Klauselrichtlinie inspiriert wurde, ist ein eindeutiger Wille des Gesetzgebers, mit Art. 8 UWG europäisches Unionsrecht autonom nachvollziehen, m.E. nicht zweifelsfrei nachzuweisen.²⁰⁶

202BR LEUTHARD (AB S 2010 931).

203BR SCHNEIDER-AMMANN (AB N 2011 224).

204BR SCHNEIDER-AMMANN (AB N 2011 228).

205BR SCHNEIDER-AMMANN (AB N 2011 800).

206Ebenso WIDMER, 97 ff.; SCHNYDER, 70 f.; a.A. Kramer/Probst/Perrig-PROBST, N 448, wonach «materiell» von einem «(teilweisen) autonomen Nachvollzug» auszugehen sei; vgl. ferner Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 61, wonach sich eine strikte europarechtskonforme Auslegung zwar nicht zwingend aufdränge, europäische Erkenntnisquellen bei der Auslegung jedoch aufgrund des subjektiven Gesetzgeberwillens, der sich im Zuge der Revision von Art. 8 UWG am Wortlaut und den Materialien der Klauselrichtlinie orientiert habe, zu berücksichtigen seien.

4. Fazit

Aufgrund vorstehender Erwägungen ist bei Art. 8 UWG von einer *europarechtsorientierten* Bestimmung auszugehen. Europäisches Recht und die Rechtsprechung des EuGH kann folglich neben den traditionellen Auslegungselementen (Systematik, Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Bestimmungszweck) als zusätzliches, rechtsvergleichendes Element herangezogen werden, ohne dass diesem Element eine Vormachtstellung im interpretatorischen Vorgang zukäme.²⁰⁷ Das europäische Recht dient somit mehr im Sinne einer «Kann-Vorschrift» denn im Sinne einer «Muss-Vorschrift» als Inspirationsquelle zur Lückenfüllung.²⁰⁸

207BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 303.

208Vgl. VISCHER, AJP 2014, 971 f.

Zweiter Teil:
AGB-Kontrolle nach schweizeri-
schem Recht

§ 3 Einleitende Bemerkungen

I. Dualismus der AGB-Kontrolle

1. Offene und verdeckte Inhaltskontrolle

Das OR kennt bis heute keine allgemeine Regelung des AGB-Rechts.²⁰⁹ Neben vereinzelten Regelungssätzen im Besonderen Teil (etwa im Miet- und Pachtrecht),²¹⁰ besteht das Schweizer AGB-Recht vornehmlich aus Auslegungsgrundsätzen, welche von Lehre und Rechtsprechung aus dem allgemeinen Vertragsrecht herausentwickelt wurden.²¹¹

Die AGB-Kontrolle erschöpfte sich vor der Revision von Art. 8 UWG in der Überprüfung der Einbeziehungsvoraussetzungen (Geltungskontrolle) und in der Unklarheitenregel, welche im Zuge der Auslegungskontrolle zur Anwendung gelangt. Eine Inhaltskontrolle wurde lediglich vom Bundesgericht «verdeckt» – v.a. über die Ungewöhnlichkeitsregel – praktiziert. Zwar existierte mit Art. 8 aUWG auch eine Inhaltskontrolle, sie hatte aufgrund des kaum nachweisbaren Kriteriums der *Irreführung mittels AGB* jedoch keine praktische Bedeutung.

Eine «offene» Inhaltskontrolle – bei der das Gericht die Kompetenz hat, eine das AGB-Vertragsverhältnis prägende Äquivalenzstörung zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten auszugleichen²¹² – besteht im OR nur hinsichtlich der Einhaltung zwingenden Rechts (Art. 19 f. OR) sowie bei Übervorteilung (Art. 21 OR). Diese findet jedoch auch auf Individualabreden Anwendung. Innerhalb dieser Schranken sieht das OR keine weitere Inhaltskontrolle vor. Die gesetzliche Grundlage für eine über die Schranken des zwingenden Rechts hinausgehende offene AGB-Inhaltskontrolle findet sich dagegen in Art. 8 UWG, welcher in seiner alten Fassung aufgrund restriktiver Tatbestandsvoraussetzungen allerdings weitgehend ein toter Buchstabe blieb.²¹³ Mit der Revision von Art. 8 UWG verfolgte der Gesetzgeber daher

209BRUNNER, 147 ff. m.w.H. zu den verschiedenen Versuchen eine solche Regelung einzuführen.

210Art. 256 Abs. 2 lit. a bzw. Art. 288 Abs. 2 lit. a OR

211BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 48.

212WIDMER, 52.

213BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 49.

das klar formulierte Ziel, den Schutz vor missbräuchlichen Klauseln zu verbessern.²¹⁴ Weiter stellt der neue Art. 8 UWG trotz seiner Position im UWG nach herrschender Ansicht sowohl ein vertragsrechtliches als auch ein lauterkeitsrechtliches Kontrollinstrument dar.²¹⁵ Allerdings schränkte der Gesetzgeber den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 8 UWG im Zuge der Revision auf Verträge mit Konsumenten ein. Dadurch entstand ein duales System der Inhaltskontrolle, da AGB in Konsumentenverträgen (b2c- und m.E. auch c2c-Verträge)²¹⁶ neu «offen» mittels Art. 8 UWG überprüft werden können, während bei Verträgen zwischen Unternehmen (b2b-Verträge) nur eine «verdeckte» Inhaltskontrolle mittels Ungewöhnlichkeitsregel stattfinden kann, wie dies schon früher der Fall war.

2. Konkrete und abstrakte Inhaltskontrolle

Ferner besteht ein zweiter vom Schrifttum bisher wenig beachteter Dualismus hinsichtlich der Schweizer AGB-Kontrolle. Dadurch dass Art. 8 UWG sowohl ein vertragsrechtliches als auch ein lauterkeitsrechtliches Kontrollinstrument darstellen soll, ist es einerseits möglich, die Gültigkeit von AGB im Rahmen eines konkreten Vertragsverhältnisses (inzident) zu überprüfen:

Unternehmer A verkauft Konsument B eine mangelbehaftete Sache, wodurch B in der Folge ein Schaden entsteht. Im anschliessenden Streit über die Leistung von Schadenersatz beruft sich A auf eine Freizeichnungsklausel, die nach Bs Ansicht allerdings nichtig sei, da sie gegen Art. 8 UWG verstosse. Vor Gericht ist die Gültigkeit der Freizeichnungsklausel im Rahmen eines konkreten Vertragsverhältnisses zu prüfen.

Andererseits sollen AGB aber auch losgelöst von einem konkreten Vertrag einer Überprüfung zugänglich sein:

Die Konsumentenschutzorganisation K wird auf die Freizeichnungsklausel in den AGB des Unternehmers A aufmerksam. K ist der Ansicht, dass eine Freizeichnung dieser Art in b2c-Verträgen gegen Art. 8 UWG verstösst und klagt in einem lauterkeitsrechtlichen Verfahren gegen das Unternehmen A auf Unterlassung (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit a UWG).

214Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6159 f. u. 6177.

215BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 49; vgl. SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 3, der von einem «hybriden» Ansatz spricht; Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, N 100.

216S.u. S. 85 f.

Im letztgenannten Beispiel fehlt es an einem konkreten Vertragsverhältnis zwischen K und A, weshalb eine Überprüfung der Klausel nur abstrakt erfolgen kann.²¹⁷ Hier muss sodann naturgemäß eine objektive Klauselbetrachtung stattfinden, die sich am durchschnittlichen Kunden orientiert.

Würde man nun dieselbe Freizeichnungsklausel einmal abstrakt und einmal konkret beurteilen, führte dies wohl nicht selten zu unterschiedlichen Ergebnissen, da bei der Überprüfung einer AGB-Klausel innerhalb eines konkreten Vertragsverhältnisses bis anhin auch immer die Umstände des Einzelfalls mit zu berücksichtigen waren. Problematisch wird dies dann, wenn die Klausel bei einer subjektiven Klauselbetrachtung im Rahmen der konkreten Inhaltskontrolle die Inhaltskontrolle passieren würde, während sie bei objektiver Betrachtung im Rahmen einer abstrakten Inhaltskontrolle als missbräuchlich einzustufen und damit nichtig wäre. Solche Widersprüchlichkeiten darf es aber gerade nicht geben, wenn man das Ziel der Revision von Art. 8 UWG – nämlich die Verwendung missbräuchlicher AGB grundsätzlich zu unterbinden – nicht gefährden will.

Um eine kohärente AGB-Kontrolle zu praktizieren, welche Rechtssicherheit schafft, müssten AGB daher in Abkehr der bisherigen Lehre und Rechtsprechung konsequenterweise einer objektiven Betrachtung unterzogen werden. Hierauf wird bei der Betrachtung der Auslegungs- und Inhaltskontrolle noch näher eingegangen.²¹⁸

II. Kontrollstufen und –abfolge

In Abwesenheit gesetzlicher Vorgaben hat die Lehre in der Vergangenheit einen dreistufigen Prüfungsmechanismus (Geltungskontrolle, Auslegungskontrolle, Inhaltskontrolle) definiert, nachdem bei der Kontrolle von AGB vorzugehen ist.²¹⁹ Diese Kontrollstufen sollen nachfolgend im Einzelnen dargelegt werden.²²⁰

²¹⁷Heizmann/Loacker-Heiss, Art. 8 N 175.

²¹⁸S.u. S. 63 ff. bzw. 72 ff.

²¹⁹SCHWENZER, N 44.04; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 197; BAUDENBACHER, ZBJV 1987, 512; vgl. Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, N 101,

²²⁰Zur Geltungskontrolle s.u. S. 54 ff., zur Auslegungskontrolle s.u. S. 63 ff., zur Inhaltskontrolle s.u. S. 72 ff.

Vereinzelte wird der Inhaltskontrolle neuerdings noch eine *Gültigkeitskontrolle* vorangestellt, bei der gesondert überprüft wird, ob die fragliche Klausel den Schranken zwingenden Rechts standhält.²²¹

Hinsichtlich der Prüfungsabfolge ist zu beachten, dass es sich bei den Kontrollebenen nicht um ein starres Gefüge handelt, die Prüfung mithin nicht in jedem Fall dem gleichen Ablauf folgen muss.²²²

§ 4 Geltungskontrolle

I. Geltungsvoraussetzungen

Da Allgemeine Geschäftsbedingungen keine Rechtsnormen sind und daher nicht schon von sich aus Geltung entfalten, stellt sich hinsichtlich der Geltung die Frage nach ihrer korrekten Einbeziehung in den konkreten Einzelvertrag. Auf AGB-Klauseln kann man sich nur dann berufen, wenn sie vorgängig von beiden Vertragsparteien akzeptiert wurden.²²³

Ihre Geltung erstreckt grundsätzlich auch nur auf den konkret geschlossenen Einzelvertrag. Die Ausnahme bildet der vorgängige Abschluss eines *Rahmenvertrags* mit AGB-Einbezug im Hinblick auf eine dauernde Geschäftsbeziehung mit einer Vielzahl von Einzelverträgen zwischen denselben Parteien.²²⁴

Wie alle Vertragsvereinbarungen werden AGB durch übereinstimmende gegenseitige Willensäußerungen in den Vertrag einbezogen. Die Frage des *Einbeziehungswillens* ist aufseiten des AGB-Verwenders einfach zu beantworten, da er diesen Willen klar zum Ausdruck bringt, indem er seine AGB zur Verwendung vorschlägt.²²⁵ Beim AGB-Adressaten ist der Einbeziehungswille u.U. nicht so einfach zu bejahen. Im Streitfall kommt hier die

221 Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, N 273.

222 WIDMER, N 68 ff.

223 BGE 118 II 295, 297 E. 2.b); m.w.H. u. Verw. BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 50 sowie die tiefgreifende Analyse der Einbeziehungsthematik bei PERRIG, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Das Kriterium der Zugänglichkeit als Regelerfordernis bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) – Empfehlungen zu einem Swiss Code of Best Practice, Diss. Basel 2010, Basel 2011.

224 KOLLER A., OR AT, § 23 N 15.

225 Vgl. BSK OR-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Anh. Art. 1 N 52.

sog. *Geltungskontrolle*²²⁶ zur Anwendung. Mit ihr wird überprüft, ob die AGB auch tatsächlich vom Konsens der Parteien, insbesondere des AGB-Adressaten, erfasst wurden.²²⁷ Konkret stellt sich dabei die Frage, welche Voraussetzungen bzgl. einer gültigen Einbeziehung bestehen und ob der AGB-Verwender diese erfüllt hat bzw. allenfalls von diesen abweichen durfte.²²⁸

1. AGB-Hinweis

Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen erfolgt durch ausdrückliche²²⁹ oder stillschweigende Verweisung im Einzelvertrag seitens des AGB-Verwenders.²³⁰ Stimmt sodann die Gegenpartei der Geltung dieser Bestimmungen ausdrücklich (ausnahmsweise auch konkludent)²³¹ zu, sodass der beiderseitige Einbeziehungswille klar und deutlich zum Ausdruck kommt, steht der Geltung grundsätzlich nichts im Weg; die AGB werden durch Parteivereinbarung zum Vertragsinhalt.²³²

Haben die Parteien die AGB in *umfassender Kenntnis* des Inhalts und der Tragweite in den Vertrag einbezogen, spricht man von *Vollübernahme* der

²²⁶In der Literatur werden weiter die Begriffe *Konsens*-, *Abschluss*- sowie *Einbeziehungskontrolle* verwendet, welche aber weitestgehend synonym zu verstehen sind.

²²⁷BRUNNER, 135.

²²⁸BUSER-GORA, 43.

²²⁹BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 51.

²³⁰BGE 111 II 76, 78 E. 3.a) = Pra 74 (1985) Nr. 180, 525; BGE 94 II 197, 202 E. 7.; BGE 77 II 154, 156 E. 4., wonach eine stillschweigende Abrede über die Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen grundsätzlich dann bestehen kann, wenn die Parteien in laufenden Geschäftsbeziehungen stehen und mehrere gleichartige Verträge mit denselben Bestimmungen abschliessen; s.a. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1128a; KLETT/HURNI, recht 2012, 81; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 51.

²³¹Die konkludente Zustimmung wird i.d.R. nur im b2b-Bereich bei schon länger bestehenden Geschäftsbeziehungen gültig sein; vgl. EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, 264; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 51; GIGER, 51 u. 58.

²³²BGE 119 II 443, 445 E. 1.a) = Pra 83 (1994) Nr. 229, 754; BGE 108 II 416, 418 E. 1.b) = Pra 72 (1983) Nr. 53, 136; in diesem Fall spielt es auch keine Rolle, ob der AGB-Adressat tatsächlich Kenntnis vom Inhalt der AGB genommen hat (KLETT/HURNI, recht 2012, 81).

Bestimmungen. In diesem Fall kommt der Geltungskontrolle keine weitere Funktion zu.²³³

Anders verhält es sich bei der *Globalübernahme*, bei der die Gegenpartei der Geltung zustimmt, ohne dass sie vorher vom Inhalt der AGB Kenntnis genommen hat.²³⁴ Im Bereich der Konsumentenverträge wird die Globalübernahme vermutet.²³⁵ Im b2c-Verhältnis kommen deshalb der AGB-*Hinweis* sowie *die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme* als qualifizierende Geltungsvoraussetzungen hinzu.²³⁶ Dies soll nicht etwa heissen, dass diese Voraussetzungen im b2b-Bereich keine Anwendung fänden, nur werden dort i.d.R. «geringere Anforderungen an die Zugänglichmachung von AGB» gestellt.²³⁷

Beim AGB-Hinweis hat der Klauselverwender darauf zu achten, dass er die andere Vertragspartei «*rechtzeitig vor bzw. spätestens bei Vertragsschluss*» und in «*angemessen deutlicher Weise*» auf die entsprechenden Bestimmungen hinweist und so seinem Gegenüber den Einbeziehungswillen bzgl. dieser AGB im konkreten Vertrag kundtut.²³⁸ Dazu genügt ein entsprechender Verweis auf der Vorderseite des Vertragsdokuments bzw. bei mündlichen Verträgen schon die persönliche Übergabe der AGB bei Vertragsschluss, sofern dies den Einbeziehungswillen unmissverständlich zum Ausdruck bringt.²³⁹ Auch ein *deutlich sichtbarer Aushang* im Geschäftslokal kann der Anforderung mitunter genügen, wenn äussere Umstände einen eindeutigeren Hinweis erheblich erschweren oder gar verunmöglichen.²⁴⁰ Hier wäre etwa an die Nutzungsbedingungen an der Einfahrt in ein Parkhaus oder an Allgemeine Beförderungsbedingungen zu denken, welche an einem Verkaufsautomaten für Fahrscheine angebracht sind. Im elektronischen Geschäftsver-

233PERRIG, 33; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 52 f.; GIGER, 54.

234GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1128a; PERRIG, 34 f.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 52.

235KOLLER A., OR AT, § 23 N 43; PERRIG, 35.

236BGE 100 II 200, 209 f. E. 5.d); SCHWENZER, N 45.02; KLETT/HURNI, recht 2012, 82; a.A. KOLLER A., OR AT, § 23 N 25–28.

237BGE 77 II 154, 156 E. 4; PERRIG, 292 f.; s.a. SCHWENZER, N 45.05.

238PERRIG, 49 ff. m.w.H. u. Verw.

239PERRIG, 152; BUSER-GORA, 48.

240BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 195; PERRIG, 152; SCHWENZER, N 45.02; vgl. ferner aus dem dt. Recht § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wo eine auffällige Schriftgrösse und Platzierung am Ort des Vertragsschlusses vorausgesetzt wird (Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, § 305 N 82).

kehr – namentlich bei Onlinegeschäften – findet der AGB-Hinweis i.d.R. auf der Website des Verkäufers mittels einer «check-box» neben der Bestellaufgabe statt.

2. Zugänglichkeitsregel

Weiter muss die Verwendergegensseite die Möglichkeit haben, vom AGB-Inhalt *in zumutbarer Weise Kenntnis* zu nehmen (*Zugänglichkeitsregel*). Der Klauselverwender hat die AGB somit unaufgefordert auf eine Art zugänglich zu machen, dass der Kunde in angemessener Weise vom gesamten Inhalt der Bestimmungen Kenntnis erlangen kann.²⁴¹ Dazu bietet sich primär die physische Übergabe der AGB im Rahmen der Vertragsverhandlungen an. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Text als Anhang bzw. Separatum abgegeben wird oder auf der Rückseite des Vertragsdokuments aufgedruckt ist, solange ein eindeutiger Hinweis im Hauptdokument erfolgt.²⁴² Es reicht u.U. schon, dass der Verwender die AGB für den Klauseladressaten verfügbar hält, solange ein *unmittelbarer* und *ungehinderter* (insb. kostenloser) Zugang gewährleistet ist. Hier wäre etwa an einen Aushang im Geschäftslokal zu denken, was wohl vor allem früher eine verbreitete Praxis war. Im elektronischen Geschäftsverkehr müssen sich die AGB downloaden, abspeichern und ausdrucken lassen.²⁴³ Der blosse Abdruck von AGB in Prospekten u.a. Werbemitteln stellt hingegen keine zumutbare Möglichkeit zur Kenntnisnahme dar.²⁴⁴ Zum Zugang gehört darüber hinaus, dass die AGB verständlich formuliert und drucktechnisch einwandfrei lesbar sind.²⁴⁵ Ebenso sind die Wahl der Sprachfassung sowie weitere externe Umstände (z.B. körperliche oder geistige Behinderungen des Klauseladressaten sowie insb. hohes Alter) in Anwendung des Vertrauensprinzips zu berücksichtigen.²⁴⁶ Verzichtet der Klauseladressat sodann auf die tatsächliche Kenntnisnahme der AGB, hin-

²⁴¹PERRIG, 203.

²⁴²Vgl. BGE 109 II 116, 118 f. E. 2.; s.a. PERRIG, 203, wonach eine vom Verwender ausgehende Aushändigung nicht zwingende Voraussetzung für die gültige Einbeziehung ist.

²⁴³BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 51; SCHWENZER, N 45.06a; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 51; WIDMER, 34 f.

²⁴⁴PERRIG, 203; GIGER, 53.

²⁴⁵Von Teilen der Lehre wird dies als (formelles) Transparenzgebot bezeichnet: vgl. etwa SCHWENZER, N 45.03 m.w.H.

²⁴⁶PERRIG, 193 ff.; vgl. für das dt. Recht § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

dert dies deren wirksame Einbeziehung hingegen nicht; sie erlangen Geltung durch Globalübernahme.²⁴⁷

Obschon es für den AGB-Begriff nicht auf deren Erscheinungsform ankommt, ist sie für die Zugänglichkeit relevant. Existierten AGB früher normalerweise in Papierform und waren sie zumindest im Geschäft mit Konsumenten wohl auf einen Umfang von ein paar Seiten beschränkt, hat der Umfang mit der Verbreitung der Onlinegeschäfte tendenziell zugenommen. Vereinzelt wird daher die Ansicht vertreten, dass Klauselwerke von mehreren Dutzend Seiten bei Alltagsgeschäften keine zumutbare Kenntnisnahme mehr gewährleisten.²⁴⁸

II. Geltungshindernisse

Sind die AGB einmal gültig einbezogen, stehen der Geltung lediglich drei Ausnahmen entgegen. Es sind dies (1) der *Verstoss gegen zwingendes Recht*, (2) der *Vorrang der Individualabrede* sowie (3) die *Ungewöhnlichkeitsregel* bei Globalübernahme.

1. Verstoss gegen zwingendes Recht

Obschon sich der Verstoss gegen zwingendes Recht streng genommen auf den Inhalt der Klausel bezieht (man spricht auch von der Inhaltskontrolle im weiteren Sinne)²⁴⁹ und diese Einschränkung somit ebenso gut der Inhaltskontrolle zuzuschreiben wäre, ist es sinnvoll, diese Prüfung schon im Rahmen der Geltungskontrolle vorzunehmen. Da die Parteien nach Art. 19 f. OR überhaupt nur Vereinbarungen im Rahmen der gesetzlichen Schranken treffen können, ist die Geltung rechtswidriger Vertragsbedingungen ohnehin *a priori* ausgeschlossen.²⁵⁰ Ob es sich dabei zusätzlich um der Inhaltskontrolle unterliegende Vertragsbedingungen handelt, ist zweitrangig.²⁵¹ Als zwingende Gesetzesbestimmungen gelten z.B. auch die für spätere Untersuchung relevanten allgemeinen Regeln zum Haftungsausschluss nach Art. 100 f. OR

247BGE 108 II 416, 418 E. 1.b) = Pra 72 (1983) Nr. 53, 136; SCHWENZER, N 45.03; PERRIG, 203.; ferner auch KLETT/HURNI, recht 2012, 81.

248ROBERTO/WALKER, recht 2014, 51.

249WIDMER, 55.

250Vgl. ROBERTO/WALKER, recht 2014, 52.

251Vgl. BGE 102 II 256, 263 f. E. 4.; KOLLER A., OR AT, § 23 N 29.

sowie die besonderen Regeln zur Wegbedingung der Sachmängelgewährleistung nach Art. 199 OR.²⁵²

Obschon der Verstoss gegen zwingendes Recht in dieser Arbeit unter den Geltungshindernissen figuriert, ist zu beachten, dass er ebenso mittels Art. 8 UWG geahndet werden kann, da eine gegen zwingendes Recht verstossende Klausel auch immer missbräuchlich ist. Im Rahmen der *abstrakten AGB-Kontrolle* kann dies auch nur so geschehen, da eine Geltungskontrolle mangels eines konkreten Vertragsverhältnisses gar nicht stattfinden kann.

2. Vorrang der Individualabrede

Die Geltung von AGB-Klauseln wird weiter durch die übergeordnete Geltung von *Individualabreden* begrenzt. Weichen die im Hauptvertrag vereinbarten, individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen von den *gleichzeitig* zum Vertragsinhalt erhobenen AGB ab, sodass ein Widerspruch entsteht, besteht ein Vorrang zugunsten der Individualabrede.²⁵³ Die AGB-Klausel kann dann trotz gültiger Einbeziehung keine Geltung erlangen. Dabei kommt es grundsätzlich nicht auf die Form der Abrede an; auch die mündliche Individualabrede geht den AGB vor.²⁵⁴ Ferner gilt der Vorrang der Individualabrede natürlich auch, wenn solche Vereinbarungen erst nach Vertragsschluss getroffen werden.

Abgesehen von einer allfälligen Beweisproblematik stellt sich allerdings die Frage, ob die mündliche Individualabrede selbst dann vorgeht, wenn eine gültig einbezogene AGB-Klausel für (jegliche) Vertragsänderungen ein Schriftlichkeitserfordernis statuiert (*Schriftformklausel*). M.E. geht die mündliche Individualabrede in diesen Fällen nur dann vor, wenn man in ihr eine (stillschweigende) Aufhebung des Formvorbehalts bzw. einen definitiven Abschlusswillen erblicken kann.²⁵⁵

Der Vorrang der Individualabrede gründet in der Tatsache, dass die AGB als einseitig vorformulierte (i.d.R. abstrakt gehaltene) Klauseln nur dann Geltung entfalten können, wenn man davon ausgeht, dass sie von beiden Parteien gewollt sind. Haben die Parteien nun eine von diesen Regeln abweichende

252S.u. S. 148 ff.

253BGE 125 III 263, 266 f. E. 4.b)aa); BGE 123 III 35, 44 E. 2.c)bb); BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 OR N 210; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 3; KLETT/HURNI, recht 2012, 83.

254BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 3; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 51 f.

255Vgl. KOLLER A., OR AT, § 12 N 142 f.

individuelle Vereinbarung getroffen, muss dies so interpretiert werden, dass die AGB in diesem konkreten Punkt nicht mehr vom *tatsächlichen Geschäftswillen* der Vertragspartner getragen werden.²⁵⁶

Obschon der Vorrang der Individualabrede von verschiedenen Autoren der Auslegungskontrolle zugerechnet wird,²⁵⁷ ist seine Einordnung bei den Geltungshindernissen m.E. präziser, da sich die AGB-Klausel eben nie gegen die Individualabrede durchsetzen kann, auch wenn sie nach den allgemeinen Auslegungsprinzipien den Vorzug verdient hätte; allein das objektive Element der *Individualität* der Abrede ist ausschlaggebend für die Geltungsgrenze.²⁵⁸

3. Ungewöhnlichkeitsregel

3.1 *Konsensmangel*

Die Ungewöhnlichkeitsregel gründet in der allgemeinen Konsenslehre, wonach die Parteien nur diejenigen Klauseln zum Vertragsinhalt erheben, die von ihnen auch tatsächlich gewollt sind oder die sie sich zumindest nach dem Vertrauensprinzip zurechnen lassen müssen.²⁵⁹ Übernimmt eine Partei AGB global – d.h., ohne vorher von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen – so nimmt sie die Unsicherheit in Kauf, dass sie auch Klauseln zum Vertragsinhalt erhebt, denen sie bei genauem Studium vielleicht so nicht zugestimmt hätte. Ungewöhnliche i.S.v. überraschende Klauseln aber, welche für das abgeschlossene Geschäft derart atypisch sind, dass die annehmende Partei nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen musste, sie im konkret abgeschlossenen Vertrag vorzufinden, werden aber weder durch einen natürlichen noch durch einen normativen Konsens gedeckt und deshalb nicht zum Vertragsinhalt erhoben.²⁶⁰ Ungewöhnliche Klauseln werden von der globalen Zustimmung zu AGB folglich nicht erfasst und sind mangels vertraglichen Konsenses unwirksam.²⁶¹ Die Ungewöhnlichkeitsregel bietet einen Schutz vor jenen

256SCHULER, 120 f.; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 210.

257SCHWENZER, N 45.09; EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, 266; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 55.

258Vgl. ZK OR-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 491 ff.; vgl. aus dem dt. Recht HELL-WEGE, 402 f. sowie 425 m.w.H.

259KOLLER A., OR AT, § 23 N 39; vgl. ROBERTO/WALKER, recht 2014, 52; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 167.

260BGE 109 II 452, 456 f. E. 4; KOLLER A., OR AT, § 23 N 39; GIGER, 56.

261SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 181.

Klauseln, mit denen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht gerechnet wurde und vernünftigerweise nicht gerechnet werden musste.²⁶² Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss der AGB-Verwender davon ausgehen, «dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt».²⁶³

Ob eine Klausel ungewöhnlich ist, beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und ist einzelfallabhängig.²⁶⁴ Somit können auch branchenübliche AGB-Klauseln ungewöhnlich sein, wenn es sich beim Klauseladressaten um einen branchenfremden Vertragspartner handelt (subjektive Komponente).²⁶⁵ Dennoch dürfen die individuellen Vorstellungen des Zustimmungenden nur so weit massgebend sein, wie sie für die Gegenpartei erkennbar waren.²⁶⁶ Neben der subjektiven Komponente muss die infrage stehende Klausel einen *geschäftsfremden Inhalt* aufweisen (objektive Komponente).²⁶⁷ Dies wird i.d.R. dann zu bejahen sein, wenn der Vertragscharakter durch die Klausel eine wesentliche Änderung erfährt oder die Klausel «in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus» fällt.²⁶⁸ Ob eine Aufsplittung der Ungewöhnlichkeit in subjektive und objektive Elemente wirklich nötig ist, erscheint fraglich. Entscheidend sollte am Ende sein, ob der AGB-Adressat, der die AGB global übernommen hat, nach Treu und Glauben mit der fraglichen AGB-Klausel hätte rechnen müssen.

3.2 Verdeckte Inhaltskontrolle

Ferner geht das Bundesgericht davon aus, dass, je stärker die Rechtsstellung des AGB-Adressaten durch die Klausel beeinträchtigt wird, sie desto eher als

262BGer 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003, E. 3.1; BGE 108 II 416, 418 E. 1.b) = Pra 72 (1983) Nr. 53, 136.

263BGer 4A_24/2012 vom 30. Mai 2012, E. 3.1; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 53; vgl. ferner schon GIGER, 32.

264BGer 4A_24/2012 vom 30. Mai 2012, E. 3.1; massgeblich zur Ungewöhnlichkeitsregel auch BGE 109 II 452, 458 E. 5.b); ROBERTO/WALKER, recht 2014, 52.

265BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 54; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 169 ff.

266BGE 109 II 452, 458 E. 5.b).

267BGE 109 II 452, 458 E. 5.b); BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 54; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 171.

268BGE 135 III 225, 227 E. 1.3; BGE 119 II 443, 446 E. 1.a) = Pra 83 (1994) Nr. 229, 754; BGE 109 II 452, 458 E. 5.b); s.a. KLETT/HURNI, recht 2012, 84.

ungewöhnlich zu qualifizieren sein wird.²⁶⁹ Die Beeinträchtigung der Rechtsstellung hat jedoch nur mittelbar mit der Ungewöhnlichkeit zu tun. Die Schlussfolgerung des Bundesgerichts bezweckt vielmehr eine verdeckte Inhaltskontrolle mittels der Ungewöhnlichkeitsregel. Der Zweck der Ungewöhnlichkeitsregel liegt jedoch nicht im Schutz vor einseitigen AGB, da sie lediglich auf deren Unbekanntheit fusst. Hebt der AGB-Verwender eine einseitige Klausel in nicht zu übersehender Art und Weise hervor, sodass der AGB-Adressat die Klausel kannte bzw. er sie kennen musste, kann sich der AGB-Adressat nicht mehr auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen.²⁷⁰ Die Ungewöhnlichkeitsregel zwingt den AGB-Verwender lediglich einseitige Bestimmungen optisch besonders hervorzuheben oder den Adressaten ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen.²⁷¹ Gerade bei Kaufverträgen sind Freizeichnungsklauseln heute derart verbreitet, dass sie eben nicht durch die Ungewöhnlichkeitsregel herausgefiltert werden.²⁷²

4. Exkurs: AGB-Kollision «battle of (the) forms»

Ein Sonderfall im Bereich der Geltungshindernisse, der vor allem bei b2b-Verhältnissen eintreten kann und der hier nur im Ansatz erwähnt werden soll, ist der, bei dem beide Vertragsparteien AGB in den Vertrag zur Verwendung vorschlagen. Kommt es zu einer solchen Kollision von AGB, fragt sich, welche AGB den Vorrang geniessen (sog. *battle of [the] forms*). Ein Teil der Lehre war früher der Auffassung, dass die zuletzt übersandten AGB massgeblich seien, sofern die zuvor vorgeschlagenen AGB keine antizipierende Abwehrklausel enthielten, worin die AGB der Gegenpartei vorsorglich abgelehnt wurden (Theorie des letzten Wortes).²⁷³ Nach der aktuell h.M. besteht bei einer AGB-Kollision ein *partieller Dissens* hinsichtlich der Einbeziehung von AGB, soweit die Klauseln inhaltlich nicht übereinstimmen. Bei inhaltsgleichen Klauseln besteht tatsächlicher Konsens hinsichtlich ihrer Geltung (*Prinzip der Kongruenzgeltung*). Die durch den partiellen Dissens entstandene Regelungslücke im Vertrag ist nach überwiegender Ansicht vom Gericht

269BGer 4A_24/2012 vom 30. Mai 2012, E. 3.1; BGE 135 III 225, 227 f. E. 1.3; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 171.

270Vgl. KLETT/HURNI, recht 2012, 85; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 53.

271BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 54; KLETT/HURNI, recht 2012, 85.

272 S.u. S. 163.

273SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 164; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 4.

anhand des dispositiven Rechts oder durch eine vom Richter *modo legislatoris* geschaffene Regelung zu füllen.²⁷⁴

§ 5 Auslegungskontrolle

I. Restriktionsprinzip

Das Bundesgericht hat in der Vergangenheit eine restriktive Auslegung von allgemein gehaltenen AGB-Klauseln befürwortet, die vom dispositiven Gesetzesrecht abweichen.²⁷⁵

In BGE 115 II 474 entschied das Bundesgericht, dass eine Klausel, wonach der Mieter einer Ferienwohnung allfällige Beanstandungen unverzüglich dem örtlichen Büro des «Vermieters»²⁷⁶ zu melden habe, oder wo ein solches nicht bestehe, behauptete Ansprüche binnen zwei Wochen nach Beendigung des Mietverhältnisses dessen Hauptsitz geltend zu machen habe, eng auszulegen sei. Danach sei die Klausel so zu verstehen, dass eine unverzügliche Rügepflicht am Ferienort nur bei dortiger Anwesenheit einer Hilfsperson des Vermieters und nur hinsichtlich solcher Mängel bestehe, deren Behebung als möglich erschienen, im Übrigen aber die Beanstandung am Hauptsitz inner zweier Wochen nach Mietende genüge.

Nach KOLLER beinhaltet das *Restriktionsprinzip* die Vermutung, dass die Parteien allgemein gehaltenen Klauseln keine allgemeine Bedeutung beimessen. Die Vermutung könne im Einzelfall widerlegt werden, wenn der Nachweis erbracht werde, dass die allgemeine Bedeutung der infrage stehenden Klausel tatsächlich gewollt sei.²⁷⁷

274SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 164; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 4; KOLLER A., OR AT, § 23 N 60 ff.; SCHWENZER, N 45.14 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1130 f.

275So ausdrücklich in BGE 115 II 474, 479 E. 2.d); vgl. ferner BGE 117 II 609, 621 E. 6.c).

276Im vorliegenden Fall war der Beklagte zwar Reiseveranstalter und nicht Eigentümer der Ferienwohnung. Da die zivilrechtlichen Eigentümer im Geschäftsmodell des Beklagten aber vollständig im Hintergrund traten, der Beklagte gegenüber seinen Kunden somit als einziger Gesprächs- und Vertragspartner auftrat, war die Haftung des Beklagten dennoch nach Mietrecht zu beurteilen (BGE 115 II 474, 478 E. 2.c)).

277KOLLER A., OR AT, § 23 N 70 m.Verw. auf BGE 72 II 267, wo das Bundesgericht die Tragweite eines Haftungsausschlusses bei einem Gebrauchtwagenkauf zu beurteilen hatte.

Mit der Revision des Art. 8 UWG und der Möglichkeit AGB einer offenen Inhaltskontrolle zu unterziehen, werden sich die Gerichte mit der Frage beschäftigen müssen, wie weit das Restriktionsprinzip im AGB-Recht inskünftig zur Anwendung gelangen soll, da es geeignet ist, eine potentiell missbräuchliche Klausel kontrollfest zu machen. In der deutschen Lehre und Rechtsprechung wird das Restriktionsprinzip im AGB-Recht daher auf jene Fälle beschränkt, in denen sämtliche Auslegungsvarianten einer Inhaltskontrolle standhalten.²⁷⁸

II. Subjektive oder objektive Auslegung?

1. Bisherige Lehre und Rechtsprechung

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts werden AGB bis heute grundsätzlich nicht anders ausgelegt als Individualabreden.²⁷⁹ Danach erfolgt die Auslegung unter Anknüpfung an den jeweiligen Vertragsschluss und unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände des Einzelfalls (*subjektive Auslegung*).²⁸⁰ Dies hat zur Folge, dass das Auslegungsergebnis verschieden ausfallen kann, je nachdem, wie gut ein Kunde mit Branchenusancen und lokalen Bräuchen vertraut ist.²⁸¹ Besteht Uneinigkeit, wie eine Klausel zu verstehen ist, gilt es zuerst den übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Vertragsparteien zu ermitteln.²⁸² Kann ein solcher ermittelt werden, hat dieser stets Vorrang vor anderen Auslegungsmethoden.²⁸³ Dabei muss der Richter vom *Wortlaut* des Vertrages ausgehen und die Umstände bei Vertragsab-

278 Vgl. für das dt. Recht u.a. BGH vom 8.5.2012 – XI ZR 61/11 = NJW 2012, 2337; Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c N 230 ff., wonach es umstritten sei, ob das Restriktionsprinzip überhaupt ein Unterfall der Unklarheitenregel darstelle; Staudinger-SCHLOSSER, § 305c N 125 m.w.H.; s.a. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-LINDACHER/HAU, § 305c N 137 ff., die das Restriktionsprinzip als eigenständige Auslegungsregel betrachten.

279 BGE 135 III 1, 6 E. 2; BGE 135 III 225, 227 E. 1.3; BGE 133 III 675, 681 E. 3.3 = Pra 97 (2008) Nr. 65, 436; BGE 122 III 118, 121 E. 2.a); BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 60; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 55; KOLLER A., OR AT, § 23 N 68; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 53.

280 BGE 133 III 675, 681 E. 3.3 = Pra 97 (2008) Nr. 65, 437; BSK OR-WIEGAND, Art. 18 N 55; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 55; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 204; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 54; GIGER, 42 f.; Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, N 236 ff.

281 Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, N 236.

282 BSK OR-WIEGAND, Art. 18 N 7.

283 Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, N 237.

schluss berücksichtigen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dem von den Parteien verwendeten Wortlaut, selbst wenn er klar ist, allerdings keine entscheidende Bedeutung beizumessen. Aus Art. 18 Abs. 1 OR folgt insbesondere nicht, dass der Rückgriff auf andere Interpretationsmethoden ausgeschlossen ist, wenn der Wortlaut des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages klar ist. Selbst wenn der Wortlaut einer Vertragsklausel auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus anderen Vertragsbedingungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck oder den Begleitumständen ergeben, dass der Wortlaut der genannten Klausel den Sinn des geschlossenen Vertrages nicht genau wiedergibt.²⁸⁴ Als Begleitumstände des Vertragsschlusses sind beispielsweise dessen Entstehungsgeschichte, das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss (insb. allfällig vorgenommene Erfüllungshandlungen) sowie letztlich die Verkehrssitte und die Branchenusanz zu verstehen.²⁸⁵

Wenn keine der vorgenannten Auslegungshilfen zur Feststellung des tatsächlichen, übereinstimmenden Parteiwillens führt, ist die umstrittene Klausel anhand des mutmasslichen Parteiwillens im Sinne einer objektiven, normativen Auslegung zu ermitteln.²⁸⁶ Danach muss die Willenserklärung so zur Geltung kommen, wie sie der Adressat nach Treu und Glauben unter den für ihn gegebenen Umständen verstehen durfte und musste (vertrauensrechtliche Auslegung).²⁸⁷ Dabei sind wiederum die Branchenkenntnis des Adressaten und etwaige Vorverhandlungen der Parteien mit zu berücksichtigen.²⁸⁸ Das Vertrauensprinzip obligiert die Parteien, sich so zu verhalten, dass der Erklärende seinen Willen auf eine Art ausdrückt, wonach sich der Adressat auf die dadurch ausgelösten Erwartungen auch verlassen darf, im Gegenzug er sich selbst aber auch in zumutbarem Mass darum bemühen muss, den

284BGE 131 III 280, 286 f. E. 3. = Pra 95 (2006) Nr. 8, 61 f.; BGE 128 III 212, 215 E. 2.b)bb) u. 221 E. 3.c) = Pra 91 (2002) Nr. 153, 829 u. 834; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 22; KOLLER A., OR AT, § 9 N 6; BSK OR-WIEGAND, Art. 18 N 25.

285BSK OR-WIEGAND, Art. 18 N 18–31; KOLLER A., OR AT, § 9 N 6; EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, 266.

286Vgl. KOLLER A., OR AT, § 3 N 170; BSK OR-WIEGAND, Art. 18 N 1; Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, N 238.

287BGE 130 III 686, 689 E. 4.3.1; BGer 4A_229/2009 vom 25. August 2009, E. 3.1.

288Vgl. BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 22; KOLLER A., OR AT, § 3 N 175; EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, 266.

tatsächlichen Willen seines Gegenübers zu erkennen.²⁸⁹ Letztere Obliegenheit kommt im AGB-Recht allerdings nur abgeschwächt zur Anwendung, da sich der AGB-Empfänger aufgrund des Umstands, die AGB i.d.R. erst kurz vor Vertragsschluss ausgehändigt zu bekommen, oft nur ungenügend in das (teils sehr umfangreiche) Vertragswerk einlesen kann.²⁹⁰ Vermag die Klausel auch nicht mittels vertrauenstheoretischer Erwägungen einer eindeutigen Bedeutung zugeführt zu werden, kommt letztlich die *Unklarheitsregel* zur Anwendung.²⁹¹

Die Auslegung strittiger Klauseln wurde nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung bis anhin also *einzelfallbezogen* vorgenommen. Bei genauere Betrachtung der Rechtsprechung fällt allerdings auf, dass – obschon vorab immer festgehalten wird, dass AGB nicht anders als andere Vertragsbestimmungen auszulegen seien – die Auslegung des jeweiligen Vertragsinhalts am Ende häufig objektiviert stattfindet.²⁹²

So etwa in BGE 119 II 368, wo das Bundesgericht eine AVB-Klausel auszulegen hatte, nach der die Rechtsschutzversicherung die Kostengutsprache für ein Verfahren ablehnen durfte, wenn sie dieses als „aussichtslos“ betrachte. Nachdem das Bundesgericht zuerst noch festhielt, dass AGB einzelfallbezogen auszulegen seien, akzeptierte es das „rein subjektive“ Verständnis der AGB-Verwenderin nicht, wonach es bei der Bewertung der Aussichtslosigkeit nur auf deren Einschätzung ankomme. Vielmehr sei bei Verwendung juristischer Fachausdrücke auf den technischen Sinn abzustellen. Das Bundesgericht schloss sodann mit dem Leitsatz: „Sieht der Versicherungsvertrag vor, dass die Versicherte die Übernahme von Prozesskosten verweigern könne, wenn sie den Prozess als aussichtslos betrachte, so beurteilt sich die Aussichtslosigkeit nach objektiven Massstäben.“²⁹³

Erstaunlich ist hierbei, dass das Bundesgericht nicht den Vertrag zwischen Parteien an sich auslegte, sondern den Inhalt einzelner AGB-Klauseln verbindlich feststellte, ohne auf die Besonderheiten des Einzelfalls auch nur ansatzweise einzugehen.

289 KOLLER A., OR AT, § 3 N 167 f.

290 KOLLER A., OR AT, § 3 N 178 sowie § 23 N 66; wonach der Klauseladressat sich mit «einer Wortinterpretation begnügen» dürfe.

291 Im Detail s.u. S. 68 ff.

292 WIEGAND, FS Kramer, 337 ff.

293 BGE 119 II 368 Regeste (2.).

2. Objektive Auslegung von AGB

Angesichts der Revision von Art. 8 UWG fragt sich, ob auch zukünftig eine subjektive Auslegung von AGB stattfinden muss. Mit Inkrafttreten der neuen Inhaltskontrolle ist es nun erstmals möglich, AGB losgelöst von einem konkreten Vertragsverhältnis zu kontrollieren (vgl. Art. 9 f. UWG). Eine abstrakte Inhaltskontrolle war in der Vergangenheit nicht möglich, da das Kriterium der Irreführung, wie es Art. 8 aUWG noch verlangte, ein konkretes Vertragsverhältnis voraussetzte. In Fällen, bei denen etwa eine Konsumentenschutzorganisation auf die Feststellung missbräuchlicher AGB klagt (Art. 10 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG), scheidet eine auf den Einzelfall bezogene Auslegung einer unklaren Klausel von vornherein aus, da es an einem konkreten Vertragsverhältnis fehlt.²⁹⁴ Die Auslegung der Klausel muss hier folglich anhand *objektiver* Massstäbe erfolgen, was zwar eine individualisierte Klauselbetrachtung ausschliesst, nicht aber die Berücksichtigung von geschäftstypischen Besonderheiten. Nach dieser v.a. auch in Deutschland vertretenen Ansicht, hat sich die Auslegung am typischen Verständnis redlicher Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der an Geschäften dieser Art üblicherweise beteiligten Kreise auszurichten.²⁹⁵ Wie sogleich aufzuzeigen ist, sollte dies auch im Individualprozess gelten. Die objektive Auslegung von AGB lässt sich mit dem Argument rechtfertigen, dass AGB abstrakt vorformulierte Bestimmungen sind und sich der mit ihnen verfolgte Rationalisierungszweck nur dann erfüllt, wenn das Auslegungsergebnis stets dasselbe ist.²⁹⁶ Allfällige Bedenken, dass eine objektive Auslegung jegliche Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls verunmöglicht, ist mit dem Argument zu begegnen, dass es den Parteien beim konkreten Vertragsschluss nach wie vor unbenommen ist, konkretisierende Individualabreden zu treffen, die den AGB einerseits vorgehen und welche im Falle ihrer nachträglichen Unklarheit auch weiterhin subjektiv auszulegen wären. Es ist nicht zu leugnen, dass die objektive Auslegung von AGB im Einzelfall auch zu Benachteiligungen führen kann, wenn die individuellen Umstände eine für

294GLA. RUSCH, AJP 2014, 206.

295So im dt. Recht: BGH vom 23.11.2005 – VIII ZR 154/04 = NJW 2006, 1056; m.w.H. für das dt. Recht etwa MüKo BGB-BASEDOW, § 305c N 22 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c N 74; ablehnend der objektiven Auslegung gegenüber HELLWEGE, 517 ff., 526, der in ihr ein Relikt der überwundenen Normentheorie sieht; ebenso Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-LINDACHER/HAU, § 305c N 105 f.

296WIEGAND, FS Kramer, 336.

den Kunden besonders günstige Auslegung vorsähen. Hierin lag bis anhin auch ein gewichtiger Grund, AGB in der Schweiz subjektiv auszulegen. Mit der Revision von Art. 8 UWG tritt nun aber ein zusätzlicher Schutzmechanismus in Kraft, der diesen Nachteil kompensiert.

Das nach meinem Dafürhalten wichtigste Argument für die objektive Auslegung von AGB ist sodann der Umstand, dass nur bei objektiver Auslegung von AGB gewährleistet ist, dass sowohl im Falle einer abstrakten als auch einer konkreten Inhaltskontrolle stets das gleiche Auslegungsergebnis der Inhaltskontrolle unterzogen wird, was einheitliche Ergebnisse sicherstellt. Würde die gleiche Klausel im Rahmen eines Individual- und eines Verbandsprozesses (Art. 10 Abs. 2 lit. b UWG) unterschiedlich ausgelegt, bestünde die Gefahr, dass eine unausgewogene Klausel objektiv ausgelegt im Rahmen der abstrakten Inhaltskontrolle als missbräuchlich beurteilt werden könnte, während sie im Individualprozess unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls die Inhaltskontrolle passieren würde. Die Folge wäre eine Inkohärenz der AGB-Kontrolle und eine erhebliche Rechtsunsicherheit, was weder im Sinne der Revision von Art. 8 UWG sein konnte, noch im Sinne der schweizerischen AGB-Rechtsentwicklung generell sein kann.²⁹⁷

III. Unklarheitsregel

1. Im Zweifel gegen den Verwender – *in dubio contra proferentem*

Die Unklarheitsregel regelt, wie mehrdeutige AGB-Klauseln ausgelegt werden müssen, wenn alle anderen Auslegungsmethoden versagt haben.²⁹⁸ Danach sind mehrdeutige AGB-Klauseln getreu dem Grundsatz *in dubio contra proferentem* im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, welche sie verfasst bzw. verwendet hat.²⁹⁹

²⁹⁷GLA. RUSCH, AJP 2014, 205 f.

²⁹⁸BGE 122 III 118, 121 E. 2.a); KLETT/HURNI, recht 2012, 83; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 207; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 56; GIGER, 44; Kramer/Probst/Perrig-PERRIG, N 257.

²⁹⁹BGE 133 III 607, 610 E. 2.2; BGE 124 III 155, 158 E. 1.b); BGE 122 III 118, 121 E. 2.a); BGE 117 II 609, 621 f. E. 6.c).

Kommt die Unklarheitsregel zur Anwendung, wird die infrage stehende Klausel folglich gegen den AGB-Verwender ausgelegt. Dies rechtfertigt sich durch die Tatsache, dass der Klauselverwender die von ihm einseitig gestellte Vertragsbedingung auch eindeutiger hätte abfassen können und somit deren Unklarheit im Zweifel zu verantworten hat.³⁰⁰ Es soll damit für den AGB-Verwender ein Anreiz geschaffen werden, seine AGB möglichst klar und eindeutig zu formulieren.³⁰¹ Nach KRAMER hat die Unklarheitsregel zudem den Effekt, dass sie das «Machtungleichgewicht» zwischen Klauselverwender und Adressat schon auf dem Interpretationsweg ein wenig kompensiere.³⁰²

2. Kundenfeindlichste Auslegung als günstigste Variante

Wenn eine Klausel mehrere Auslegungsergebnisse zulässt, stellt sich die Frage, welche Auslegungsvariante für den Kunden die günstigste ist, wenn auf die Auslegungskontrolle eine Inhaltskontrolle folgt.

In der europäischen Klauselrichtlinie wird die Unklarheitsregel so verstanden, dass eine mehrdeutige Klausel nicht nur in der für den Konsumenten günstigeren, sondern – wo mehrere Auslegungsvarianten zur Verfügung stehen – gar in der *günstigsten* Variante zur Anwendung gelangen solle (Art. 5 S. 2 RL 93/13/EWG).³⁰³ In der deutschen Umsetzung der Klauselrichtlinie (vgl. § 305c BGB) hat dies zu der Auffassung geführt, dass eine mehrdeutige Klausel erst dann «zu Lasten des Verwenders» ausgelegt sei, wenn ihr diejenige Bedeutung zugemessen werde, die im Ergebnis für den Klauseladressaten am günstigsten sei.³⁰⁴ Im Hinblick auf eine wirksame AGB-Kontrolle komme es nicht auf das Ergebnis der Auslegung, sondern

300Auf CELSUS zurückgehend D. 34,5,26: «[...] *ambiguitas contra stipulatorem est*»; vgl. zum Ganzen KOLLER A., OR AT, § 23 N 66 f.; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 109; EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, 266 f.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 56; ZK OR-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 18 N 507.

301SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 207.

302BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 109; gl.A. ROBERTO/WALKER, recht 2014, 53 f.; vgl. ferner RAISER, 261; vgl. für das dt. Recht ROTH H., WM 1991, 2085.

303Diese ultimative Steigerung kommt auch in der englischen und der französischen Textfassung zum Ausdruck, wo von der «*interpretation most favourable to the consumer*» bzw. der «*interprétation la plus favorable au consommateur*» die Rede ist (Hervorhebungen durch den Verfasser).

304MüKo BGB-BASEDOW, § 305c N 34 Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-LINDACHER/HAU, § 305c N 130 ff.

auf das *Ergebnis der Gesamtbeurteilung* der Klausel an. Daher müsse die günstigste Klausel in doppelter Weise ermittelt werden: Es sei zuerst zu prüfen, ob die Klausel in ihrer *kundenfeindlichsten* Interpretation der Inhaltskontrolle nach den §§ 307–309 BGB standhält. Erst wenn keine Auslegungsvariante der Inhaltskontrolle zum Opfer falle, das Gericht somit nur zwischen verschiedenen wirksamen Auslegungsvarianten zu wählen habe, komme die Klausel in ihrer *kundenfreundlichsten* Interpretation zur Anwendung.³⁰⁵ Zweck dieser Totalanalyse sei die Sanierung des Rechtsverkehrs vor unangemessenen AGB im Wege der Verbandsklagen. Bei Individualklagen müsse mit Blick auf eine möglichst grosse Breitenwirkung der richterlichen AGB-Kontrolle dasselbe gelten.

Für diese Auffassung spricht, dass mit einer inzidenten Inhaltskontrolle im Rahmen der Auslegung am Ende stets das kundengünstigste Ergebnis steht, da sich die Unwirksamkeit der strittigen AGB-Klausel (und deren Ersetzung durch dispositives Recht) für den Kunden i.d.R. vorteilhafter auswirken wird, als dies bei ihrem Weiterbestehen in der kundenfreundlichsten Interpretation der Fall sein dürfte.³⁰⁶

Steht z.B. auf einem Gutschein «Einlösbar binnen eines Jahres ab Kauf», ist u.U. nicht klar, ob es sich dabei um eine zulässige Befristung der Forderung oder um eine unzulässige Modifikation der Verjährungsfrist handelt. Kommt nun mangels erfolgreicher Auslegung die Unklarheitsregel zur Anwendung, wäre es für den Kunden am günstigsten, wenn man die Bestimmung als modifizierte Verjährungsfrist auslegen würde. Dadurch würde die Bestimmung in der anschliessenden Inhaltskontrolle als unverbindlich dahinfallen. Im Ergebnis wäre der Gutschein dann fünf (in extremis sogar zehn) Jahre gültig.³⁰⁷

Der EuGH hat sich im Fall *Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Königreich Spanien*³⁰⁸ im Anwendungsbereich von kollektiven Unterlassungsklagen ebenfalls für eine Auslegung im kundenfeindlichsten Sinn ausgesprochen. Bei einer Individualklage obliege es den Gerichten oder den zuständigen Einrichtungen,

305 So etwa BGH vom 29.4.2008 – VIII KZR 2/07 = NJW 2008, 2172; MüKo BGB-BASEDOW, § 305c N 20 u. N 34 f.; Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c N 64; Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-LINDACHER/HAU, § 305c N 146; im Unionsrecht zumindest strittig: für die Anwendung im Individualprozess Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁵-WOLF, Art. 5 RL N 9 f.; krit. Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-LINDACHER/HAU, § 305c N 146; MüKo BGB-BASEDOW, § 305c N 20.

306 Vgl. für das dt. Recht Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c N 64.

307 RUSCH, AJP 2014, 209.

308 EuGH vom 9.9.2004, Rs. C-70/03 = Slg. 2004, I-7999.

eine konkrete Würdigung des missbräuchlichen Charakters einer Klausel vorzunehmen, die in einem bereits geschlossenen Vertrag enthalten sei. Bei einer kollektiven Unterlassungsklage sei dagegen eine abstrakte Würdigung des missbräuchlichen Charakters einer Klausel vorzunehmen, die in noch nicht geschlossenen Verträgen Verwendung finden könne. Im ersten Fall komme dem persönlich betroffenen Verbraucher eine ihm vorteilhafte Auslegung unmittelbar zugute. Im zweiten Fall dürfe die Klausel dagegen – um für die Gesamtheit der Verbraucher das günstigste Ergebnis zu erreichen – nicht im Zweifel als für sie vorteilhaft ausgelegt werden. Eine objektivierte Auslegung ermögliche es nämlich in einer höheren Zahl von Fällen, die Verwendung einer unklaren oder zweideutigen Klausel zu verbieten, was einen weiter gehenden Verbraucherschutz zur Folge habe.

Zweifelsohne stellt die inzidente Inhaltskontrolle im Rahmen der Auslegung den allgemeinen Grundsatz in Frage, wonach im Privatrecht zuerst der Geschäftsinhalt durch Auslegung zu definieren und daran anschliessend der so festgelegte Inhalt der Wirksamkeitsprüfung zu unterziehen ist. Obschon die deutsche Regelung sehr effektiv sein mag, verwischt sie gewissermassen die Trennlinie zwischen Auslegung und Inhaltskontrolle. Wenn der Klauselverwender den Mangel der unklaren, weil mehrdeutigen Formulierung schon damit «büsst», dass er die dem Kunden günstigere Auslegung gegen sich gelten lassen muss, sollte die so interpretierte Klausel im Stadium der Inhaltskontrolle nicht abermals zulasten des Verwenders uminterpretiert werden; weist man dem AGB-Verwender schon mittels Unklarheitsregel ein bestimmtes «Auslegungsergebnis» zu, so sollte dieses in einem späteren Verfahrensabschnitt nicht nochmals umgedeutet werden.³⁰⁹

Ob das Bundesgericht inskünftig an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten wird, wonach unklare Klauseln einerseits zu Gunsten des Klauseladressaten und andererseits restriktiv auszulegen seien oder ob es neu eine abstrahierte kundenfeindlichste Auslegung zwecks eines Günstigkeitsvergleichs unter Berücksichtigung einer hypostasierten Inhaltskontrolle vertreten wird, ist derzeit noch nicht abzusehen.

3. Sonderfall: Drittgestellte AGB

Fraglich ist, ob die Unklarheitsregel auch zur Anwendung gelangt, wenn die AGB nicht vom Verwender, sondern von einem (unabhängigen) Dritten verfasst und/oder gestellt wurden. Für den Fall, dass der AGB-Verwender

309A.A. RUSCH, AJP 2014, 205 ff., der die Berücksichtigung nichtiger Auslegungsvarianten als kundenfreundlichste Auslegung auch im Schweizer Recht befürwortet.

von Dritten verfasste AGB verwendet, wird er diese seiner eigenen Risikosphäre zurechnen lassen müssen, da er die fremd verfassten AGB immerhin selbst ausgesucht hat, bevor er sie zur Geltung vorschlug.³¹⁰ Für den Fall, dass die AGB von einem unabhängigen Dritten gestellt werden – man denke z.B. an Internethandelsplattformen –, fällt der Informationsvorsprung des Anbieters gegenüber dem Kunden dahin. M.E. sollten die Parteien deshalb das Risiko der Nichtigkeit infolge eines Dissenses in gleichem Umfang zu tragen. Die Unklarheitsregel käme hier somit nicht zum Zug, die unklare Klausel wäre folglich ungültig und in die dadurch entstandene Lücke wäre nach den allgemeinen Regeln der Vertragsergänzung zu füllen.³¹¹

IV. Fazit

Aus der Perspektive einer effektiven Inhaltskontrolle, welche vom Gesetzgeber mit der Revision von Art. 8 UWG ja beabsichtigt war, wäre es m.E. nicht richtig, eine Klausel mittels restriktiver oder kundengünstiger Auslegung kontrollfest zu machen. Es wäre im Übrigen auch nicht konsequent, einerseits die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion der missbräuchlichen Klausel auszuschliessen, vorgängig aber deren restriktive Auslegung zu befürworten.³¹²

§ 6 Die offene Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG

I. Allgemeines

Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen hat in den vergangenen Jahrzehnten immer wieder zu ausführlichen Debatten sowohl in der Politik³¹³ wie auch in der juristischen Lehre³¹⁴ geführt. Mit der Revision des

³¹⁰SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 238.

³¹¹KOLLER A., OR AT, § 23 N 67 sowie § 10 N 1 ff.

³¹²Vgl. aus dem dt. Recht Ulmer/Brandner/Hensen-ULMER/SCHÄFER, § 305c N 230; Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-LINDACHER/HAU, § 305c N 139.

³¹³Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6159; vgl. weiter die ausführliche Auflistung abgelehnter Gesetzesvorstösse bei BRUNNER, 147–187 sowie BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 65 ff.

³¹⁴Neben vielen BK OR-KRAMER, Art. 19–20 N 281 ff.; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Rz. 12.02.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1148 ff.; SCHWENZER, N 46.02; WILDHABER, SJZ 2011, 538.

UWG existiert seit dem 1. Juli 2012 in der Schweiz neu eine offene Inhaltskontrolle:

Art. 8 UWG

Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.

Im Zuge der Revision wurde die Voraussetzung der Irreführung aus dem Gesetzestext gestrichen,³¹⁵ was eine offene und abstrakte Inhaltskontrolle ermöglicht.³¹⁶ Im Wortlaut lehnt sich der revidierte Art. 8 UWG stark an den Art. 3 der europäischen Klauselrichtlinie (RL 93/13/EWG)³¹⁷ an, was vom Gesetzgeber auch so beabsichtigt war, allerdings ohne damit einen autonomen Nachvollzug zu begründen.³¹⁸

II. Rechtsnatur

Bevor die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 8 UWG genauer untersucht werden können, ist es wichtig, die Rechtsnatur der Inhaltskontrolle zu analysieren. Die Frage der Rechtsnatur hat Auswirkungen darauf, ob bei Vorliegen eines konkreten Vertragsverhältnisses eine individualisierte Kontrolle möglich ist, die auch die subjektiven Eigenschaften der Parteien berücksichtigt. Wo AGB hingegen losgelöst von einem Vertragsverhältnis kontrolliert werden, hat mangels konkreter Umstände naturgemäss eine abstrakte Betrachtung zu erfolgen.

Was die Rechtsnatur von Art. 8 UWG anbelangt, ist sich die Lehre bis heute nicht einig. Nach der Auffassung mancher Autoren sei die Inhaltskontrolle gemäss Art. 8 UWG stets *abstrakter* Natur, womit die konkreten Umstände des Vertragsschlusses bei der Prüfung einer Klausel nie zu berücksichtigen seien.³¹⁹

315 Vgl. Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6162, 6178; s.a. WILDHABER, SJZ 2011, 538.

316 DAVID/JACOBS, N 396.

317 ABl. Nr. L 095 vom 21.4.1993 S. 29–34.

318 S.o. 43 ff.

319 BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 92; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 232; KOLLER T., Auslegeordnung, 50 f.; SCHOTT, ST 2012, 79; DAVID/JACOBS, N 396; BAUDENBACHER, Kommentar UWG, Art. 8 N 37; RUSCH, AJP 2014, 205.

Daneben vertritt eine Minderheit die Ansicht, dass eine Prüfung nach Art. 8 UWG stets *konkreter* Natur sein müsse.³²⁰ Danach sei allen konkreten Umständen des einzelnen Vertragsverhältnisses Rechnung zu tragen. Dies bedeute insbesondere, dass einzelne ungünstige Klauseln durch andere günstigere Klauseln oder etwa einen besonders tiefen Verkaufspreis kompensiert werden könnten.³²¹ Die Vertreter dieser Ansicht gestehen aber ein, dass eine solche Prüfung eine «gewisse Rechtsunsicherheit» mit sich bringe, welche sich erst mit der Zeit aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts abschwächen würde.³²²

Ferner existiert eine *Mittelmeinung* (welche auch durch die bundesrätlichen Botschaft zur UWG-Revision bestätigt scheint³²³), wonach Art. 8 UWG im Individualprozess eine konkrete Natur zuzuerkennen sei, im lauterkeitsrechtlich orientierten Prozess anderer aktiv legitimierter Parteien (vgl. Art. 9 f. UWG) mangels konkreter Anhaltspunkte hingegen eine abstrakte Überprüfung stattfinden müsse.³²⁴ Dieser Ansicht ist entgegen zu halten, dass sie bei gleichen Klauseln zu unterschiedlichen Kontrollergebnissen führen kann. Angenommen, eine potentiell missbräuchliche Klausel würde im Rahmen einer «Individualkontrolle» unter Berücksichtigung der konkreten Vertragsumstände im Einzelfall gerade noch als zulässig beurteilt, bei einer abstrakten Überprüfung im Rahmen einer «Generalkontrolle» jedoch als missbräuchlich eingestuft werden, so wäre dies sowohl für den individuell klagenden Kunden unbefriedigend als auch für den Klauselverwender, der sich der Gültigkeit seiner AGB nicht mehr sicher sein könnte. Solche Rechtsunsicherheiten sind zu vermeiden, weshalb die Überprüfung einer bestimmten AGB-Klausel nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen darf, je nachdem ob die Klauselkontrolle im Rahmen eines konkreten Vertragsverhältnisses oder im Rahmen einer vom Vertrag losgelösten Prüfung stattfindet.

320 Vgl. SUTTER/LÖRTSCHER, recht 2012, 100 f.; im Ergebnis wohl auch EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, 268.

321 SUTTER/LÖRTSCHER, recht 2012, 101.

322 SUTTER/LÖRTSCHER, recht 2012, 101.

323 Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6159 u. insb. 6179.

324 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1156f; SCHMID, ZBJV 2012, 15; WIDMER, 103 f.; im Ergebnis gleich MARCHAND, Droit de la consommation, 152; VISCHER, SJZ 2012, 180; WALKER, 111.

Aufgrund vorstehender Erwägung bleibt nach meinem Dafürhalten festzuhalten, dass im Rahmen der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG stets eine abstrakte Klauselbetrachtung erfolgen muss, ihr folglich eine typisierende, am durchschnittlichen Vertragspartner orientierte Betrachtungsweise zugrunde zu liegen hat. Dies bedeutet allerdings nicht, dass besonderen Geschäftsmodellen – z.B. der Schnäpchenverkauf – in keiner Weise Rechnung getragen würde. Darauf wird im Rahmen der Tatbestandsvoraussetzungen noch näher eingegangen.³²⁵

III. Anwendungsbereich

Art. 8 UWG kommt zur Anwendung, wenn sich der Vorwurf der Missbräuchlichkeit auf Allgemeine Geschäftsbedingungen bezieht.³²⁶ Im Grunde kann also jedes Standardvertragsformular der Kontrolle zugeführt werden; eine separate Kennzeichnung bzw. Ausweisung des AGB-Textes, wie sie in der Praxis weit verbreitet ist, ist nicht erforderlich.

Ob die AGB-Kontrolle auch den Hauptgegenstand des Vertrags und die Angemessenheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses berührt, ist zumindest in der Schweiz noch umstritten.³²⁷ THOUVENIN argumentiert diesbezüglich, dass sich der Ausschluss des Hauptgegenstands des Vertrags schon aus dem Sinn und Zweck der AGB-Kontrolle ergebe.³²⁸ Diese diene ja nicht der gerichtlichen Überprüfung des Vertragsinhalts, der Gegenstand individueller Vereinbarung gewesen sei, sondern vielmehr der Überprüfung des Vertragsteils über den aufgrund unterschiedlich starker Verhandlungsmacht gar nicht verhandelt worden sei und der teilweise ohne Kenntnis des genauen Inhalts übernommen worden sei. Beim Hauptgegenstand sei dies aber offenkundig nicht der Fall, da dort der Vertrag schon am Konsens scheitern würde, hätten sich die Parteien nicht bewusst über die *essentialia negotii* geeinigt.³²⁹ Diese Argumentation THOUVENINS leuchtet ein, wenn man die Rechtsfolgen von

³²⁵S.u. S. 94 ff.

³²⁶Zum AGB-Begriff s.o. S. 5 ff.

³²⁷Gegen den Ausschluss der Kontrolle aufgrund fehlender Normierung in der Schweiz SCHMID, ZBJV 2012, 10; DERS., Grundpfandrechte, 96; KUT/STAUBER, Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 129; vgl. auch SCHÖBI, 61, dessen Auslegung allerdings noch auf dem bundesrätlichen Entwurf (Art. 8 E-UWG) beruhte.

³²⁸BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 94; DERS., Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 8 ff.

³²⁹BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 95; vgl. für das für das europäische Vertragsrecht RIESENHUBER, 124.

Art. 8 UWG betrachtet.³³⁰ Geht man davon aus, dass eine missbräuchliche Klausel nichtig ist, muss sie durch dispositive Gesetzesbestimmungen oder, wo dies nicht möglich ist, durch eine vom Richter *modo legislatoris* geschaffene Regel ersetzt werden. Dies ist bei den wesentlichen Vertragspunkten hingegen gar nicht zulässig,³³¹ womit der Gesamtvertrag der Nichtigkeit zugeführt würde und diese Lösung somit kaum zielführend wäre.³³² Was die Überprüfung des Preis-Leistungs-Verhältnisses betrifft, würde eine AGB-Kontrolle zudem dazu führen, dass der Richter über den angemessenen Preis einer Leistung befinden müsste, was mit der hiesigen Wirtschaftsordnung nicht vereinbar wäre.³³³ Ferner kann man rechtsvergleichend argumentieren, dass auch in der europäischen Klauselrichtlinie der Hauptgegenstand und das Preis-Leistungs-Verhältnis von der AGB-Kontrolle ausgeschlossen sind (Art. 4 Abs. 2 RL 93/13/EWG).³³⁴

IV. Tatbestandsvoraussetzungen

1. Vorbemerkung zur Auslegung

1.1 Grammatikalische Auslegung

Dem Wortlaut von Art. 8 UWG lassen sich die Elemente «Verwendung von AGB» sowie ein durch deren Verwendung resultierendes «erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten» zum «Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten» entnehmen. Ausserdem hat das Ganze «in Treu und Glauben verletzender Weise» zu geschehen. Die Struktur dieser Tatbestandsmerkmale ist in der Lehre zurzeit noch Gegenstand von Diskussionen. Einig ist man sich insoweit, dass es ein praxistaugliches Prüfungsschema zu formen gilt.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Tatbestandsmerkmalen um weitgehend *unbestimmte Rechtsbegriffe* handelt.³³⁵ Weder existiert eine ein-

330Im Detail s.u. S. 96 ff.

331BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 124.

332BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 96; DERS., Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 9 f.

333BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 97; DERS., Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 11.

334Vgl. zum Ganzen auch Heizmann/Loacker-Heiss, Art. 8 N 163 ff., der im Ergebnis ebenfalls für eine Ausnahme des Hauptgegenstands von der Inhaltskontrolle plädiert, wobei der Begriff des Hauptgegenstands aber eng auszulegen sei.

335RUSCH, LeGes 2012, 345; WALKER, 114.

heitliche Definition der Konsumenteneigenschaft, noch ist klar, wie die gegen Treu und Glauben verstossende Verhaltensweise zustande kommt. Der Wortlaut und der Aufbau der Bestimmung, wonach das durch die Verwendung von AGB entstandene Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten, einerseits erheblich und andererseits ungerechtfertigt sein muss, lassen immerhin den Schluss zu, dass ein *zweistufiges Prüfungsschema* zur Anwendung gelangen soll.³³⁶ Das Merkmal der «Erheblichkeit» indiziert zudem, dass die Prüfung eine *de minimis*-Regel enthalten soll.³³⁷ Das Merkmal der «Ungerechtfertigtkeit» weist darauf hin, dass eine ungleiche Verteilung von vertraglichen Rechten und Pflichten ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann.

1.2 Systematische Auslegung

In systematischer Hinsicht ist bei der Auslegung von Art. 8 UWG zu berücksichtigen, dass die Einordnung der Bestimmung im UWG nach herrschender Ansicht vornehmlich historische Gründe hat.³³⁸ Sie vermag auch insofern nicht so recht zu überzeugen, als Art. 8 UWG im persönlichen Anwendungsbereich auf Geschäfte mit Konsumenten beschränkt ist, was der «Dreidimensionalität» des UWG widerspricht.³³⁹ Insofern ist die Bestimmung losgelöst vom grundsätzlichen Konzept des UWG zu interpretieren, als sie zumindest nicht primär auf das Interesse an einem unverfälschtem Wettbewerb gerichtet ist, sondern auf den direkten Schutz des Konsumenten als schutzbedürftige Partei.³⁴⁰ Auch die ausdrückliche Erwähnung des Verstosses gegen Treu und Glauben, welche so ausschliesslich bei Art. 8 UWG erfolgt, impliziert, dass es sich hierbei nicht um den in Art. 2 UWG festgehaltenen wettbewerbsrechtlichen Treu und Glaubens-Begriff handelt, sondern um den in Art. 2 ZGB beschriebenen zivilrechtlichen Treu und Glaubens-Begriff.³⁴¹ Aus der systematischen Einordnung lassen sich insofern keine Rückschlüsse ziehen.

³³⁶So schon SCHMID, ZBJV 2012, 10 ff.; gl.A. WIDMER, 111.

³³⁷Gl.A. WIDMER, 111.

³³⁸BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 60 u. 74; KOLLER A., AJP 2016, 290.

³³⁹Das UWG bezweckt nach Art. 1 den lauterer und unverfälschten Wettbewerb im Interesse *aller* Beteiligten zu gewährleisten; BSK UWG-HILTY, Art. 1 N 5 m.w.H.

³⁴⁰Vgl. Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 49 m.w.H.

³⁴¹Gl. A. BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 73 u. 104 f.; Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 214.

1.3 Historische Auslegung

Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des revidierten Art. 8 UWG zeigt, dass der Gesetzgeber «die Schaffung eines griffigeren Instrumentariums gegen missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen» anstrebte.³⁴²

Aus der bundesrätlichen Botschaft zur UWG-Revision geht weiter hervor, dass das Kriterium des «Treu und Glauben» verletzenden Verhaltens so zu verstehen sei, dass «ein Beibehalten der Klausel mit dem Grundsatz der Billigkeit nicht zu vereinbaren» sei, sodass «die Nichtigkeit der Klausel als die angemessene Folge» erscheine.³⁴³ Weiter äussert sich die Botschaft zum Treu und Glaubensbegriff wie folgt:

«[Für eine Bewertung nach Treu und Glauben] ist eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des Verwenders der AGB und des Vertragspartners vorzunehmen. Das Kriterium von Treu und Glauben erlaubt eine differenzierte Bewertung in Bezug auf das Kräfteverhältnis zwischen dem Verwender der AGB und dem Vertragspartner.»³⁴⁴

Das Kriterium von Treu und Glauben stellt nach der hier vertretenen Auffassung demnach kein zusätzliches Tatbestandsmerkmal dar, sondern einen Beurteilungsmassstab, den es bei der Prüfung des ungerechtfertigten Missverhältnisses zu berücksichtigen gilt.³⁴⁵

Die im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens geführten parlamentarischen Debatten geben indessen nur wenig Aufschluss, wie Art. 8 UWG auszulegen ist, da die Revision bis zum Schluss sehr kontrovers diskutiert wurde und der Normtext im Differenzbereinigungsverfahren mehrfach geändert wurde. Immerhin lässt sich aus den Wortprotokollen entnehmen, dass der Anwendung von Art. 8 UWG ein «krasses» Missverhältnis vorausgesetzt sein soll, was wiederum für die Anwendung der bereits erwähnten *de minimis*-Regel spricht.³⁴⁶

342Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6159 f.

343Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6179.

344Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6179.

345KOLLER T., Auslegeordnung, 46 f.; SCHMID, Grundpfandrechte, 98 f.

346NR LEUTENEGGER OBERHOLZER (AB N 2011 799); BR SCHNEIDER-AMMANN (AB N 2011 229); vgl. auch das Votum von SR GERMANN (AB S 2010 936), der von einer Beschränkung der Inhaltskontrolle auf «klare Missbräuche» spricht.

1.4 *Teleologische Auslegung*

Die Interpretation von Art. 8 UWG muss sodann mit dem eigentlichen Ziel der Gesetzesrevision vor Augen geschehen, nämlich die Verbreitung von missbräuchlichen – weil stark einseitigen – AGB inskünftig durch eine Überprüfungsmöglichkeit einzudämmen.³⁴⁷

1.5 *Rechtsvergleichende Aspekte*

Wie bereits erläutert, handelt es sich bei Art. 8 UWG nicht um einen Fall autonomen Nachvollzugs.³⁴⁸ Dennoch kann aufgrund der Nähe zu Art. 3 der europäischen Klauselrichtlinie Lehre und Rechtsprechung zum europäischen Richtlinienrecht rechtsvergleichend als Auslegungshilfsmittel herangezogen werden, wo unklare Tatbestandsmerkmale interpretiert werden müssen.

2. *Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen*

Hinsichtlich der Voraussetzung der Verwendung ist zwischen der zivilrechtlich relevanten und der lauterkeitsrechtlich relevanten Verwendung von AGB zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist in Bezug auf die Klagelegitimation von Bund und Verbänden von Bedeutung (Art. 9 f. UWG). Vertragsrechtlich liegt eine Verwendung erst vor, wenn die AGB gültig in einen Vertrag einbezogen wurden.³⁴⁹ Die Klauselprüfung mittels der Inhaltskontrolle kann hier somit nur nachträglich erfolgen. Da lauterkeitsrechtlichen Abwehrklagen nach Art. 9 UWG zeitlich schon vor einer konkreten Verwendung möglich sein müssen, muss für die lauterkeitsrechtliche Inhaltskontrolle die Voraussetzung der AGB-Verwendung zeitlich früher erfüllt sein. Lauterkeitsrechtlich genügt schon der Einsatz von AGB *zum Zwecke des Vertragschlusses*, wobei es nicht erforderlich ist, dass sie schlussendlich Vertragsbestandteil werden.³⁵⁰ Die bloße Publikation von AGB, z.B. in Form von Verbandsempfehlungen, fällt aber noch nicht hierunter,³⁵¹ wohl aber, wenn dies im Hinblick auf mögliche Vertragsschlüsse geschieht (etwa, wenn der Anbieter AGB im Internet im Hinblick auf künftige Vertragsabschlüsse auf-

347Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6159 f. u. 6177.

348S.o. S 43 ff.

349Vgl. BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 134; WIDMER, 62.

350Gl. A. Kramer/Probst/Perrig-PROBST, N 452.

351SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 235; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Rz. 12.08.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 134

schaltet).³⁵² Wer als Kunde missbräuchliche AGB bereits vor Vertragsschluss der Inhaltskontrolle unterwerfen will, kann dies mittels einer lauterkeitsrechtlichen Abwehrklage i.S.v. Art. 9 Abs. 1 lit. a–c i.V.m. Art. 10 Abs. 1 UWG tun.

3. Zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten

3.1 *Persönlicher oder familiärer Gebrauch*

Im Unterschied zur früheren Fassung des Art. 8 aUWG ist die Inhaltskontrolle im Rahmen der revidierten Bestimmung auf Verträge mit Konsumenten beschränkt.³⁵³ Im schweizerischen Recht ist der Begriff des Konsumenten zwar nicht einheitlich geregelt (so enthält etwa das UWG selbst gar keine Definition), man findet ihn jedoch in verschiedenen Bundesgesetzen, worin er meist durch die Elemente des «persönlichen oder familiären Gebrauchs»³⁵⁴ bzw. durch die Negativvoraussetzung des nicht bestehenden Zusammenhangs mit der «beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit»³⁵⁵ charakterisiert wird.³⁵⁶

3.2 *Das Kriterium des üblichen Verbrauchs*

Teilweise findet sich zusätzlich die Voraussetzung des «üblichen Verbrauchs».³⁵⁷ Ob beispielsweise der Erwerb von Luxusgütern oder Wohneigentum noch als Konsumentenvertrag qualifiziert werden kann, ist bis anhin umstritten.³⁵⁸ Nach meinem Dafürhalten muss auch der Erwerb von Leistun-

³⁵²KUT/STAUBER, Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 114.

³⁵³Diese Beschränkung erfolgte erst spät im Gesetzgebungsprozess als Kompromiss des Ständerats zum Einwand des Nationalrats, die Anwendung von Art. 8 UWG auf alle Wirtschaftsteilnehmer beschränke die Vertragsfreiheit über Gebühr (vgl. die Voten von SR BÜRG und BR SCHNEIDER-AMMANN, AB S 2011 304 f.).

³⁵⁴Art. 120 Abs. 1 IPRG; Art. 32 Abs. 2 ZPO.

³⁵⁵Art. 120 Abs. 1 IPRG; Art. 40a Abs. 1 OR; Art. 3 KKG; Art. 2 Abs. 2 PBV.

³⁵⁶M.w.H. BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 84; s.a. Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 109, wonach beide Definitionsansätze deckungsgleich seien, solange man den Konsumentenbegriff auf natürliche Personen beschränke.

³⁵⁷Art. 120 Abs. 1 IPRG; Art. 32 Abs. 2 ZPO.

³⁵⁸Für deren Einbeziehung STÖCKLI, BR 2011, 186; SCHMID, ZBJV 2012, 9; DERS., Grundpfandrechte, 95; a.A. FURRER A., HAVE 2011, 326; FATZER/HASENBÖHLER, 189; MARCHAND, REAS 2011, 330; KUT/STAUBER, Jusletter 20. Februar 2012,

gen über den «üblichen Verbrauch» hinaus als Konsumentenvertrag gelten können, da das Schutzbedürfnis des Konsumenten im besten Fall wertunabhängig besteht (i.d.R. wird sich ein solches mit zunehmendem Geschäftsvolumen eher vergrössern³⁵⁹) und die Auslegung, was als «üblicher Verbrauch» zu gelten hat, beträchtliche Rechtsunsicherheiten mit sich bringen würde.³⁶⁰ Wegen der darin enthaltenen Voraussetzung des «üblichen Verbrauchs» ist auch ein Rückgriff auf Art. 32 Abs. 2 ZPO abzulehnen.³⁶¹ Gegen eine Anlehnung des Konsumentenbegriffs an Art. 32 Abs. 2 ZPO spricht weiter der darin enthaltene Schutzzweck. Art. 32 ZPO bezweckt, primär den Konsumenten davor zu schützen, sein Recht weit entfernt von seinem Wohnsitz geltend machen zu müssen.³⁶² Wenn nun jemand Anschaffungen «über den üblichen Verbrauch hinaus» tätigt, kann man m.E. zwar darüber diskutieren, ob er den prozessualen Schutz von Art. 32 ZPO noch benötigt, es ist hingegen eine ganz andere Frage, ihm darüber den materiellrechtlichen Schutz zu entziehen, den ihm Art. 8 UWG bietet. Eine Anknüpfung an das Kriterium des «üblichen Verbrauchs» ist nach meinem Dafürhalten folglich abzulehnen.³⁶³ Ob bei Art. 8 UWG am Ende ein enger oder weiter Konsumentenbegriff zur Anwendung kommen soll, werden die Gerichte entscheiden müssen. Klar ist bis heute zumindest, dass Vertragszwecke, die mit beruflichen bzw. gewerblichen (somit nicht persönlichen) Tätigkeiten im Zusammenhang stehen, nicht in den Schutzbereich des Art. 8 UWG fallen.

Jüngst hat sich auch das Handelsgericht des Kantons Zürich (Urteil HG150071-O vom 25. November 2016) mit dem Kriterium des «üblichen Verbrauchs» hinsichtlich Art. 8 UWG befasst. Es ging dabei um einen Vermögensverwalter, der mit einer

Rz. 115; HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, 1195, die zur Ermittlung des Konsumentenbegriffs auf Art. 32 Abs. 2 ZPO abstellen.

359 THOUVENIN, Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 19; Kramer/Probst/Perrig-PROBST, N 502.

360 Im Endeffekt handelt es sich jeweils um eine Einzelfallentscheidung (vgl. etwa BGE 132 III 268, 271 ff. E. 2.2, insb. 272 E. 2.2.3; ebenso BGer 4A_432/2007 vom 8. Februar 2008, E. 4.2.2 = Pra 97 (2008) Nr. 120, 755 f., wonach die Wertgrenze für einen «üblichen» Autokauf irgendwo zwischen CHF 20'000.– (*mutatis mutandis* CHF 30'000.– [Art. 243 Abs. 1 ZPO]), CHF 80'000.– (Art. 7 Abs. 1 lit. e KKG) und CHF 190'000.– (im konkreten Fall schliesslich verneint) zu liegen komme.

361 STÖCKLI, BR 2011, 186; DERS., Aufbruch, 202; SUTTER/Lörtscher, recht 2012, 100; a.A. FURRER A., HAVE 2011, 326, der damit einen «Gleichlauf von verfahrens- und materiellrechtlichen Vorschriften» schaffen will; dem folgend auch HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, 1195.

362 Vgl. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-FELLER/BLOCH, Art. 32 N 1.

363. Gl.A. Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 142.

Bank einen Konto- und Depotvertrag geschlossen und anschliessend einen beträchtlichen Vermögensschaden erlitten hatte, weil die Bank irrtümlicherweise Zahlungsaufträge zugunsten von Dritten ausführte. Im Prozess ging es u.a. um die Zulässigkeit einer Risikouberwälzungsklausel, welche die AGB der Bank enthielten. In Bezug auf die Anwendbarkeit von Art. 8 UWG hielt das Handelsgericht fest, dass Gewerbetreibende als Vertragsgegner einer AGB-Verwenderin nicht in den Genuss von Art. 8 UWG kämen (E. IV.2.3.2). Ferner liess es offen, ob ein enger – auf die Leistungen des üblichen Verbrauchs beschränkter – oder ein weiter Konsumentenbegriff zur Anwendung gelange, da der Kläger vorliegend auch nicht unter den weiten Konsumentenbegriff falle. Das Handelsgericht erwog hierzu, dass der Kläger mehrfach erhebliche Beträge von mehreren hunderttausend Franken transferierte und diese Aufträge jeweils von der Geschäftsadresse des Klägers ausgegangen seien, mithin ein beruflicher oder gewerblicher Zweck nicht ausgeschlossen werden könne bzw. ein nicht ausschliesslich privater bzw. familiärer Zweck anzunehmen sei.

3.3 Sonderfall: *Dual-use-contracts*

Bei Verträgen, die sowohl einen privaten wie auch einen beruflichen Zweck verfolgen (sog. *dual-use-contracts*), kann sich die Qualifikation des Konsumentenvertrags als schwierig erweisen. Nach der hier vertretenen Auffassung genügt es allerdings nicht, allein darauf abzustellen, welche Nutzung überwiegt (sog. Schwerpunktmethode). Dies wäre schon insofern realitätsfremd, als der Unternehmer bei Vertragsschluss gehalten wäre, von seinem Kunden das Verhältnis der zukünftigen Zweckbefriedigung in Erfahrung zu bringen.³⁶⁴ Vielmehr kann nur dann von einem Konsumentenvertrag ausgegangen werden, wenn die private Nutzung derart überwiegt, dass die berufliche Nutzung daneben geradezu marginal erscheint (sog. Vernachlässigbarkeits-test).³⁶⁵ Bei dieser Lösung kann auch von prozentualen Zweckanteilsrechnungen abgesehen werden.³⁶⁶ Dies deckt sich im Übrigen mit der Auffassung, welche das Handelsgericht im vorerwähnten Entscheid vertrat (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150071-O vom 26. November 2016).

³⁶⁴LOACKER, JZ 2013, 238.

³⁶⁵Vgl. hierzu die Überlegungen des EuGH vom 20.1.2005, Rs. C-464/01 (Johann Gruber/BayWa AG) = Slg. 2005, I-439 = NJW 2005, 653 ff.; Grabitz/Hilf/Nettesheim-PFEIFFER, Art. 169 N 29; ferner auch im dt. Recht: MüKo BGB-BASEDOW, § 310 N 53; LOACKER, JZ 2013, 238 f.

³⁶⁶M.w.H. zum Thema Verbraucherverträge mit gemischter Zwecksetzung s. LOACKER, JZ 2013, 234 ff.; Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 121 ff.

3.4 Keine Anwendung auf juristische Personen

Es bleibt die Frage, ob nur natürliche Personen Konsumenten sein können oder ob auch juristische Personen in bestimmten Fällen als Konsumenten qualifiziert werden können. Letztere, extensive, Auslegung erscheint auf den ersten Blick aus systematischen sowie historischen Überlegungen naheliegend, als schon in der bundesrätlichen Botschaft zur UWG-Revision zum Ausdruck gebracht wurde, dass Art. 8 UWG für «das Verhältnis zwischen Anbietern und Abnehmern aller Stufen» gelten solle.³⁶⁷ Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Botschaft auf dem Revisionsvorschlag des Bundesrats beruht, welcher im Zuge des Gesetzgebungsprozesses nochmals neu formuliert wurde. Für eine grundsätzliche Anwendung auf juristische Personen spricht weiter, dass sich auch Unternehmen (gerade KMU) in einer *take it or leave it*-Situation wiederfinden können und somit betreffend ihrer Schutzbedürftigkeit gegenüber AGB den Konsumenten (i.S.v. natürlichen Personen) gleichgestellt werden können.³⁶⁸ Dasselbe liesse sich i.Ü. auch für Vereine und nicht gewinnstrebige Stiftungen sagen.³⁶⁹ Juristische Personen gänzlich von diesem Schutz auszuschliessen, scheint zumindest dort verkehrt, wo sie nicht gewerblich,³⁷⁰ bzw. allenfalls sogar, wo sie zwar gewerblich, aber nicht branchenkundig auftreten.³⁷¹ Diese Ansicht vertritt auch PICHONNAZ, der den Konsumentenbegriff extensiv auslegt und auch Gesellschaften als Konsumenten gelten lässt, sofern der konkret zu untersuchende Vertrag nicht im Zusammenhang mit ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit steht.³⁷² Noch weiter geht HOLLIGER-HAGMANN, die aufgrund der Formulierung «Unlauter handelt insbesondere[...]» im Ingress von Art. 8 UWG den gesamten Artikel lediglich als Konkretisierungsbeispiel der Generalklausel von

³⁶⁷Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6180.

³⁶⁸Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6173.

³⁶⁹SCHMID, ZBJV 2012, 8; m.w.Verw. aus der italienischen Literatur s. WURMNEST, ZEuP 2004, 975, Fn. 21.

³⁷⁰PICHONNAZ, plaidoyer 2011, 36; SCHMID, Grundpfandrechte, 94.

³⁷¹So zum Beispiel im französischen Recht, wo der Art. L132-1 Abs. 1 des code de la consommation den persönlichen Anwendungsbereich auf sog. «*non-professionnels*» ausweitet; m.w.H. SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, 406; ferner schon BERGER-WALLISER, RIW 1996, 461.

³⁷²PICHONNAZ, plaidoyer 2011, 36 f.

Art. 2 UWG sieht, was die Anwendung auf b2b-Geschäfte somit nicht ausschliesse, da das UWG schliesslich für alle Abnehmer gelte.³⁷³

Dass in der Schweiz bezüglich des Konsumentenbegriffs keine konsistente Regelung besteht, zeigt der Umstand, dass in anderen Rechtstexten auch juristische Personen unter den Konsumentenbegriff subsumiert werden können; so z.B. die h.M. zum Konsumentenbegriff des Pauschalreisegesetzes (Art. 2 Abs. 3 PauRG).³⁷⁴ Vereinzelte Stimmen fordern deshalb den Einbezug von Unternehmen in den Konsumentenbegriff, wo dieser nicht explizit auf natürliche Personen beschränkt wird (*argumentum e contrario*).³⁷⁵

Gegen eine Erstreckung des Konsumentenbegriffs auf juristische Personen spricht der Umstand, dass der persönliche Anwendungsbereich einer der Hauptstreitpunkte im Gesetzgebungsprozess war, der in der Folge mit einem Kompromissvorschlag seitens des Ständerats gelöst wurde. Dies lässt sich hinreichend den Wortprotokollen von National- und Ständerat entnehmen:

*«Aber sehr häufig werden die AGB auch zwischen Unternehmen abgeschlossen; es geht auch innerhalb der Geschäftswelt sehr häufig um AGB. Dort besteht kein Schutzbedürfnis, wie es von der Minderheit für den Einzelkonsumenten dargelegt wird.»*³⁷⁶

*«Die Anwendung der Bestimmung wird [im Kompromissvorschlag des Ständerats] also ganz klar auf das Verhältnis zu Konsumentinnen und Konsumenten beschränkt. Im Vergleich zum Entwurf des Bundesrates werden die übrigen Handelsstufen von dieser Bestimmung also nicht mehr erfasst. So fallen beispielsweise AGB unter Gewerbetreibenden nicht mehr darunter. Unser Antrag beschränkt die Anwendung der Bestimmung also auf Rechtsgeschäfte mit Konsumentinnen und Konsumenten.»*³⁷⁷

*«Erstens werden eben die Gewerbetreibenden nicht mehr einbezogen, sondern man konzentriert sich auf den Schutz von Konsumentinnen und Konsumenten [...]»*³⁷⁸

*«Die Formulierung des Ständerates beschränkt sich zum Ersten auf den Verkehr mit Konsumentinnen und Konsumenten [...]»*³⁷⁹

373 HOLLIGER-HAGMANN, Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 24.

374 CHK PauRG-ZEITER/SCHLUMPF, Art. 2 N 5; PICHONNAZ, plaidoyer 2011, 36; KOLLER-TUMLER, Konsumentenvertrag, 205 f.

375 PICHONNAZ, plaidoyer 2011, 36.

376 NR FLURI (AB N 2011 228).

377 SR BÜRGI (AB S 2011 304).

378 BR SCHNEIDER-AMMANN (AB S 2011 304 f).

379 NR LEUTENEGER OBERHOLZER (AB N 2011 799).

«[Der Ständerat] möchte die Missbrauchsbestimmung [...] auf das Geschäftsverhältnis zu Konsumentinnen und Konsumenten beschränken. [...] Es handelt sich also nur um eine sehr geringfügige, eingeschränkte Missbrauchsklausel, die nicht generell zur Anwendung kommt, sondern in diesem definierten, reduzierten Bereich.»³⁸⁰

Weiter wurde in den Räten während der ganzen Debatte wiederholt die inhaltliche Nähe zur Generalklausel der europäischen Klauselrichtlinie betont,³⁸¹ deren Art. 2 lit. b den Begriff des Verbrauchers im Sinne der Richtlinie auf natürliche Personen beschränkt.³⁸² Eine darüber hinausgehende Anwendung wurde von BR SCHNEIDER-AMMANN ausdrücklich verneint:

«AGB unter Gewerbetreibenden werden damit nicht erfasst. Damit wird der Einwand, Artikel 8 gehe weiter als die EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln, die nur gegenüber Verbrauchern gilt, entkräftet».³⁸³

Am 23. September 2014 wurde von NR FLACH eine Parlamentarische Initiative eingereicht, die die Beschränkung auf Konsumentenverträge wieder rückgängig machen soll.³⁸⁴ Derzeit wartet das Geschäft auf die Erstbehandlung durch den Nationalrat.

Damit ist m.E. klar, dass, aufgrund des aus den Materialien deutlich hervorgehenden Willens des Gesetzgebers, Verträge zwischen Gewerbebetreibenden (b2b-Verträge) *de lege lata* nicht unter die Schutzbestimmung des Art. 8 UWG fallen, selbst wenn die juristische Person ausserhalb ihrer gewerblichen Tätigkeit auftritt.³⁸⁵

380NR JOSITSCH (AB N 2011 800).

381So z.B. BR LEUTHARD (AB S 2010 931), BR SCHNEIDER-AMMANN (AB N 2011 228 f.; AB S 2011 305), SR BÜRGI (AB S 2011 304).

382Diese Beschränkung wurde vom EuGH nochmals bzgl. Gewerbetreibenden, die Geschäfte ausserhalb ihrer gewerblichen Tätigkeit abschliessen, bestätigt; s. dazu EuGH vom 22.11.2001, verb. Rs. C-541/99 u. C-542/99 (Cape Snc/Idealservice Srl u. Idealservice MN RE Sas/OMAI Srl) = Slg. 2001, I-9049 = NJW 2002, 205; eingehend besprochen bei WURMNEST, Die Fortentwicklung des italienischen AGB-Rechts vor dem Hintergrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, ZEuP 2004, 971–985, insb. 974 ff.

383AB N 2011 800.

384Parlamentarische Initiative «Artikel 8 UWG. Missbräuchliche Geschäftsbedingungen» (14.440); Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 35 m.w.H.

385Vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG 150071-O vom 26.11.2016, E. IV.2.3.2; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 79 ff.; KOLLER A., AJP 2016, 289;

Bei Verträgen zwischen juristischen Personen kommt allerdings nach wie vor die verdeckte Inhaltskontrolle mittels der Ungewöhnlichkeitsregel zur Anwendung.³⁸⁶ Sodann sind Konstellationen denkbar, in denen der Konsument als Erbringer der vertragscharakteristischen Leistung gegenüber einem gewerblichen Abnehmer auftritt (z.B. Verkauf von Gebrauchsgütern an einen Second-Hand-Anbieter). Teleologisch betrachtet, spricht hier nichts gegen eine Anwendung von Art. 8 UWG, wenn es darum geht, den privaten Verkäufer vor den Einkaufs-AGB des gewerblichen Ankäufers zu schützen.³⁸⁷ Ferner spricht nichts gegen eine Anwendung von Art. 8 UWG auf Verträge zwischen zwei natürlichen Personen, die beide nicht im Rahmen einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handeln (c2c-Verhältnis).³⁸⁸

Die praktische Relevanz von AGB in c2c-Verträgen besteht heute vor allem bei Internetverkaufsplattformen, auf denen Privatverkäufer Sachen (meist gebraucht) zum Verkauf anbieten (z.B. Kleinanzeigenportale). Enthalten solche Portale AGB (etwa in Form von Allgemeinen Nutzungsbedingungen), welche grundlegende Regeln für die Nutzung des Portals und die darüber abgeschlossenen Verträge enthalten, so hat sich der Verkäufer diese AGB m.E. als von ihm gestellt anrechnen zu lassen, da er die Nutzungsbedingungen durch die Wahl der Verkaufsplattform auswählt und anschließend deren Einbezug in den über die Verkaufsplattform vermittelten Kaufvertrag voraussetzt.

Die Beweislast für Fragen hinsichtlich der Konsumenten- bzw. Unternehmereigenschaft liegt unter Berücksichtigung von Art. 8 ZGB sodann jeweils bei derjenigen Partei, die sich auf Art. 8 UWG beruft.³⁸⁹

Im Falle einer Verbandsklage hätte eine Konsumentenschutzorganisation folglich sowohl die Unternehmereigenschaft des AGB-Verwenders zu beweisen als auch den Umstand, dass die in Frage stehenden AGB gegenüber Konsumenten an sich zur Verwendung gelangen.³⁹⁰

SCHMID, ZBJV 2012, 8 f.; DERS., Grundpfandrechte, 95; offengelassen bei STÖCKLI, neues Recht, 176 f.

386Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 30; JUNG, 145; MAISSEN, N 312; die Regelung des b2b-Bereichs bleibt damit vorerst unverändert (vgl. EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, 263); zur Ungewöhnlichkeitsregel s. S. 60 ff. m.w.H.

387Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 131.

388BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 85; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 57; krit. Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 146, der eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf c2c-Geschäfte aus systematischen Überlegungen tendenziell ablehnt.

389Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 138.

390Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 139.

3.5 Das Kriterium der Nachteiligkeit

Das Kriterium der Nachteiligkeit verdeutlicht, dass es um den Schutz des Konsumenten als AGB-Adressaten geht und keinesfalls um den Schutz des AGB-Verwenders. Die Botschaft hält dazu fest, dass eine AGB-Kontrolle zugunsten des Verfassers zum Vornherein ausgeschlossen erscheine. Dies allein schon aufgrund der Tatsache, dass jemand, der sich auf die Unlauterkeit der von ihm selbst verfassten AGB berufe, widersprüchlich handle und damit auch keinen Schutz verdiene.³⁹¹

4. Erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten

Art. 8 UWG setzt voraus, dass die zu überprüfende Klausel ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien hervorruft. Es stellt sich die Frage, wie dieses Missverhältnis festzustellen und wann es erheblich und ungerechtfertigt ist. Wie bereits erwähnt, bietet sich für die Prüfung dieser Kernvoraussetzung ein zweistufiges Prüfungsschema an.

Damit man von einem Missverhältnis sprechen kann, muss zuerst eine ungleiche Verteilung von vertraglichen Rechten und Pflichten innerhalb eines Vertrags bestehen. Dieses «Ungleichgewicht» muss sodann erheblich und ferner – nach dem Massstab von Treu und Glauben bewertet – ungerechtfertigt sein.

Nach der Ansicht verschiedener Autoren kommt dem Element des ungerechtfertigten Missverhältnisses keine eigenständige Bedeutung zu, da ein Missverhältnis schon begriffsnotwendig ungerechtfertigt sei.³⁹² Dieser Argumentation ist in sprachlicher Hinsicht zuzustimmen, wenn man davon ausgeht, dass der Wortteil «Miss-» schon einen unpassenden bzw. unrechten Zustand impliziert; man denke etwa an die «Missetat». Selbiges lässt sich auch für die französische Fassung von Art. 8 UWG sagen, wo von *disproportion* die Rede ist. Die italienische Fassung von Art. 8 UWG spricht dagegen

391 Bot. UWG, BB1 2009, 6151 ff., 6178; s.a. WALKER, 110; Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 191.

392 STÖCKLI, BR 2011, 184; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 132; DERS., Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 50; KOLLER T., Auslegeordnung, 46; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 57.

neutraler von einem *squilibrium*, also einem «Ungleichgewicht», welches *ingiustificato* (ungerechtfertigt) sein muss. Diese Formulierung trifft es nach meiner Auffassung in der Sache besser. Es kann somit ein erhebliches Missverhältnis im Sinne eines erheblichen Ungleichgewichts der vertraglichen Recht und Pflichten der Parteien zu bejahen sein, ohne dass dieses zugleich treuwidrig (weil ungerechtfertigt) sein müsste. Umgekehrt impliziert das erhebliche Missverhältnis ein für sich betrachtetes treuwidriges Verhalten, welches u.U. aber durch einen Rechtfertigungsgrund geschützt wird.

4.1 Erhebliches Missverhältnis

a Feststellung des Missverhältnisses

Um ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten festzustellen, bedarf es – wie es auch schon im Rahmen der Betrachtung der europäischen Klauselrichtlinie erläutert wurde³⁹³ – einer Gegenüberstellung der zu überprüfenden AGB-Klausel mit einem tauglichen Referenzsystem. Dies führt zur Frage, was als Referenzsystem herbeigezogen werden kann. Die Bestimmung von Art. 8 UWG schweigt sich diesbezüglich aus.³⁹⁴ Grundsätzlich bietet sich bei Nominatverträgen der Rückgriff auf das zwingende und das dispositive Gesetzesrecht an,³⁹⁵ während bei Innominatverträgen auf die Vertragsnatur abgestellt werden kann. Die Vertragsnatur ergibt sich aus den dispositiven Gesetzesbestimmungen mehrerer normierter Vertragstypen sowie aus der verkehrüblichen Vertragsgestaltung.³⁹⁶ Bei der Bestimmung der verkehrüblichen Vertragsgestaltung hat der Richter stets darauf zu achten, dass sich diese i.d.R. zu grossen Teilen aus «AGB-Usanzen» entwickelt haben wird. Ist dies der Fall, läuft der Richter Gefahr, das Referenzsystem aus dem Kontrollobjekt heraus zu entwickeln.³⁹⁷ Der Richter muss, um dieser Gefahr zu entgehen, einen «AGB-indisponiblen

³⁹³ Vgl. o. S. 18.

³⁹⁴ Anders noch Art. 8 aUWG, der als Referenzsystem ausdrücklich eine *erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Ordnung* (lit. a) bzw. der *Vertragsnatur* (lit. b) vorsah; s.a. BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 126.

³⁹⁵ Vgl. KÄHLER, 193; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 127; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 57.

³⁹⁶ Zur Vertragsnatur als Quelle zur Konkretisierung eines Referenzsystems s. aus dem dt. Recht Staudinger-COESTER, § 307 N 267 ff. m.w.H.

³⁹⁷ Vgl. HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, 1198, die einen Rückgriff auf die Vertragsnatur aus diesen Gründen ablehnen.

Kern der Vertragsregelung» ermitteln, indem er die Vertragsnatur von den konkret getroffenen Vereinbarungen abstrahiert und so ein normatives Leitbild erhält. Bei der Ermittlung der Vertragsnatur ist es hilfreich, die infrage stehenden Bestimmungen in Haupt- und Nebenleistungspflichten zu unterteilen. Diese ergeben sich in erster Linie aus der im Rahmen des Vertragsschlusses begründeten Erwartungshaltung des durchschnittlichen Abnehmers der vertragstypischen Leistung.³⁹⁸ Die Hauptleistungspflichten geben als *essentialia negotii* die «Natur» des Vertrags wieder und können grundsätzlich als Massstab für die Kontrolle der übrigen Vertragsbestimmungen dienen.³⁹⁹ Daneben müssen zusätzlich allgemeine Rechtsgrundsätze⁴⁰⁰ sowie die weiteren vertragstypischen Erwartungen redlicher Vertragsparteien⁴⁰¹ das Bild der Vertragsnatur ergänzen, um eine Überprüfung der infrage stehenden Bestimmung zu ermöglichen. Auf diesen Bezugspunkten aufbauend, kann sodann *modo legislatoris* ein Vertragstyp entwickelt werden, welcher die zentralen Interessen der Vertragspartner wiedergibt sowie eine grundsätzliche Verteilung der Vertragsrisiken vorsieht.⁴⁰² Werden diese Interessen durch AGB-Klauseln derart berührt, sodass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, ist von einem Missverhältnis im Sinne von Art. 8 UWG auszugehen.⁴⁰³

b Kritik am dispositiven Recht als Referenzmassstab

Verschiedene Autoren erachten einen Rückgriff auf das dispositive Recht als Referenzsystem als unzulässig, da der Gesetzgeber diese Möglichkeit explizit aus der Gesetzesvorlage herausgestrichen habe.⁴⁰⁴ Richtig ist, dass im Zuge des ständerätlichen Kompromissvorschlags der ursprünglich im Entwurf

398Vgl. aus dem dt. Recht BGH vom 5.5.1986 – II ZR 150/85 = NJW 1986, 2428, 2429 f., wonach grundsätzlich von der Erwartungshaltung des durchschnittlichen Kunden auszugehen sei; s.a. Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 N 244 m.w.H.

399Vgl. aus dem dt. Recht Staudinger-COESTER, § 307 N 268.

400Hier ist beispielsweise an das Verbot widersprüchlichen Verhaltens zu denken.

401M.w.H. aus dem dt. Recht Staudinger-COESTER, § 307 N 270 ff sowie Ulmer/Brandner/Hensen-FUCHS, § 307 N 248 f. und N 260, wonach auch grundlegende Neben- und Schutzpflichten dazu gehören, v.a. wenn diese in einem Gegenseitigkeitsverhältnis bestehen.

402Vgl. ROBERTO/WALKER, recht 2014, 57; Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 193 u. 205; vgl aus dem dt. Recht Staudinger-COESTER, § 307 N 270 ff.

403Vgl. zum Ganzen schon FURRER A., HAVE 2011, 326.

404EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, 268; HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, 1197.

zur UWG-Revision enthaltene Verweis auf die erhebliche Abweichung vom dispositiven Recht (Art. 8 lit. a E-UWG⁴⁰⁵) als Missverhältnis gestrichen wurde.⁴⁰⁶ Allerdings konkretisierte BR SCHNEIDER-AMMANN die Streichung in der parlamentarischen Debatte wie folgt:

«Damit sind [...] entgegen Treu und Glauben erheblich von der gesetzlichen Ordnung abweichende allgemeine Geschäftsbedingungen nicht per se mit dem Verdacht der Unlauterkeit behaftet. Sie werden also nur unlauter, wenn sie ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten schaffen. Damit wird dem ebenfalls im Nationalrat geltend gemachten Argument Rechnung getragen, Buchstabe a schränke die Vertragsfreiheit zu stark ein, da bei einer erheblichen Abweichung vom dispositiven Recht automatisch der Verdacht auf eine missbräuchliche Klausel entstehen könne.»⁴⁰⁷

Im Votum kommt zum Ausdruck, dass eine Abweichung vom dispositiven Recht noch nicht automatisch zur Missbräuchlichkeit führen soll. Ein solcher Automatismus wäre auch problematisch, da der Sinn des dispositiven Rechts ja gerade in seiner grundsätzlichen Abänderbarkeit liegt. Im Ergebnis wäre somit die Abänderbarkeit dispositiven Rechts infrage gestellt.⁴⁰⁸ Dass dies nicht gewollt war, erscheint klar. Einem Rückgriff auf das dispositive Recht als Referenzsystem zur Feststellung eines Ungleichgewichts in den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien steht die Streichung m.E. jedoch nicht entgegen.⁴⁰⁹

Versucht man zudem Art. 8 UWG aus sich heraus zu interpretieren, muss festgehalten werden, dass es ohne Referenzsystem gar nicht möglich ist, AGB-Klauseln auf ihre Missbräuchlichkeit hin zu überprüfen, da unklar bleibt, was angemessene Regeln wären. Was als angemessene Regelung gilt,

405«Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise:

a) von der gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen; [...]».

406Vgl. das Votum von SR BÜRGI: «Massgebend ist nur noch das erhebliche und ungerechtfertigte Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten. Damit wird dem Einwand der zu starken Einschränkung der Vertragsfreiheit gebührend Rechnung getragen.» (AB S 2011 304).

407AB S 2011 305 (Hervorhebungen durch Verfasser).

408M.w.H. KÄHLER, 202 f.

409GLA. WIDMER, 116; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 57; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 127; SCHMID, ZBJV 2012, 10 f.; ARTER/KLABER, AJP 2014, 1129; Heizmann/Loacker-Heiss, Art. 8 N 195 ff.; im Ergebnis gleich FURRER A., HAVE 2011, 326 f.

sagt aber gerade das Gesetz selbst. Zumindest solange man nicht auf einen verbindlichen Klauselkatalog im Sinne einer *black list* abstellen kann, wird man immer auf den Vergleich mit dispositivem Gesetzesrecht oder mit der Vertragsnatur zurückgreifen müssen.⁴¹⁰

Eine weitere Hilfe zur Festlegung eines Referenzsystems könnte die Orientierung an ausländischen Klauselkatalogen (z.B. §§ 308 f. BGB) bilden,⁴¹¹ wobei deren Legitimation als Referenzsystem für eine Schweizer Inhaltskontrolle natürlich zweifelhaft ist. Eine Ausnahme bildet diesbezüglich höchstens der Katalog im Anhang der Klauselrichtlinie, welcher im Sinne der bereits erwähnten europarechtsorientierten Auslegung berücksichtigt werden könnte. Dies wäre auch aus praktischer Sicht eine wahrscheinliche Lösung. So ist nicht auszuschliessen, dass sich die Schweizer Richter mangels eines hinreichend konkreten, einheimischen Referenzsystems in heuristischer Manier nach vergleichbaren Regelungen im Ausland umsehen und dort auf Klauselkataloge stossen, welche die Klauselkontrolle konkretisieren. Die Übernahme solcher Klauselkataloge in die Schweizer Rechtsprechung wäre dann rasch erfolgt.

c Kriterium der Erheblichkeit

Die Erheblichkeit des Missverhältnisses ist ein zusätzliches Kriterium im Sinne einer *de minimis*-Handhabung der Kontrollnorm. Geringfügige Abweichungen vom dispositiven Gesetzesrecht bzw. eine leicht einseitige Verteilung der vertraglichen Rechte und Pflichten, lassen eine Vermutung der Missbräuchlichkeit einer AGB-Klausel noch nicht zu. Erheblichkeit ist erst gegeben, wenn die Abweichung vom Referenzsystem ein signifikantes Ausmass erreicht, sei dies, dass die Klausel besonders stark vom dispositiven Recht abweicht oder die Abweichung an sich zwar gering ist, sie aber besonders bedeutende Rechte und Pflichten betrifft, sodass die daraus resultierenden Nachteile zulasten des Konsumenten im Ergebnis «krass» überwiegen.⁴¹² Ist dies der Fall, impliziert dies ein treuwidriges Verhalten im Sinne von

410 Vgl. THOUVENIN, Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 44.

411 Vgl. schon GIGER, 105.

412 BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 131; DERS., Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 49; dem folgend auch KOLLER T., Auslegeordnung, 43 f.; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 57; WIDMER, 117, die eine «qualitative Äquivalenzstörung im Vertragsverhältnis» voraussetzt.

Art. 8 UWG.⁴¹³ Vorbehältlich rechtfertigender Gründe – worauf sogleich einzugehen ist – müssen solche Abweichungen als missbräuchlich im Sinne von Art. 8 UWG gelten.

Differenzierter liesse sich auf den hinter dispositiven Normen stehenden gesetzgeberischen Ordnungswillen als Gradmesser für die Erheblichkeit abstellen.⁴¹⁴ Obschon dispositives Gesetzesrecht grundsätzlich nur subsidiär zur Anwendung kommt, wenn die Parteien keine anderweitigen Vereinbarungen treffen, hat sich der Gesetzgeber bei der Gestaltung dieser Normen doch von einem gesellschaftlichen Ordnungswillen leiten lassen.⁴¹⁵ Dieses Leitbild bildet den eigentlichen Zweck der Norm und ermöglicht u.U. einen Rückschluss darauf, wie weit eine Abweichung davon statthaft ist. Der Ordnungswille muss sich nämlich nicht zwingend auf die gerechte Verteilung von Rechten und Pflichten beziehen, vielmehr kann der Gesetzgeber auch eine wertneutrale Entscheidung zugunsten einer gewissen Übung treffen.⁴¹⁶ In einem ersten Schritt wäre demnach die der AGB-Klausel nächststehende dispositive Norm auf ihren Zweck hin zu erforschen. Danach müsste die AGB-Klausel an dem so herausgearbeiteten Grundgedanken auf ein erhebliches Missverhältnis hin überprüft werden. Die Masse der dispositiven Normen lässt sich dabei freilich in mannigfaltige Unterkategorien einteilen.⁴¹⁷ Für den Gang der vorliegenden Darstellung ist es der Vereinfachung zuliebe mit BUCHER zu halten, der auf der grössten Ebene zwischen zwei Normenkategorien unterscheidet.⁴¹⁸ Die erste Kategorie umfasst all jene Regeln, die einen «Ordnungsgehalt» aufweisen und bestimmte «gesetzgeberische Gerechtigkeitsvorstellungen» enthalten.⁴¹⁹ Ihnen wohnt teils sogar ein gewisses fürsorgereisches Motiv inne, welches den Parteien ein Abweichen von der

413 KOLLER T., *Auslegeordnung*, 47, der bei Vorliegen eines erheblichen Missverhältnisses von einer «(natürlichen) Vermutung für einen Verstoß gegen Treu und Glauben» ausgeht.

414 So schon BSK OR-ZELLWEGER-GUTKNECHT/BUCHER, Anh. Art. 1 N 64; vgl. ferner Heizmann/Loacker-Heiss, Art. 8 N 198 u. 208.

415 Vgl. BUCHER, 249.

416 Vgl. BUCHER, 256.

417 Vgl. etwa schon EHRLICH, 44 ff., der die dispositiven Normen des BGB in *Auslegungsregeln* (44), *ergänzende Rechtssätze* (47), *Fürsorgerechtsätze* (54) und *Rechtssätze, die dem Verkehrsgebrauch entnommen sind* (58), unterscheidet. EHRLICH gesteht jedoch auch ein, dass diese Einteilung «im Einzelnen manche Willkürlichkeit aufweist» (a.a.O., 73).

418 BUCHER, 260 ff.

419 BUCHER, 260.

Norm zwar nicht versagt, an deren Abbedingung aber doch «erhöhte Anforderungen» zu stellen sind,⁴²⁰ welche sicherstellen sollen, dass die Derogation des dispositiven Rechts vom Willen beider Parteien ausreichend getragen wird. Handelt es sich bei der der AGB-Klausel nächststehenden dispositiven Norm folglich um eine materielle Ordnungsnorm, wäre u.U. schon ein geringes Abweichen durch die AGB-Klausel ausreichend, um ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien auszulösen. Die zweite Kategorie umfasst sodann all jene Normen, die «mehr oder weniger wertindifferente Grundsätze» formulieren und die in einer Mehrzahl von Fällen jenen Vereinbarungen entsprechen, welche die Parteien treffen würden, wenn es keine solche Normen gäbe.⁴²¹ Bei dieser wertneutralen Kategorie geht es dem Gesetzgeber mehr darum, klare Verhältnisse für den täglichen Rechtsverkehr zu schaffen,⁴²² ohne dass damit eine bestimmte Wertung verbunden wäre. Der Schwerpunkt liegt hier also massgeblich auf dem Praktikabilitätsgedanken und weniger auf Gerechtigkeitsvorstellungen. Werden diese Regeln nun mittels AGB-Klauseln wegbedungen bzw. abgeändert, löst dies selbst bei diametralen Abweichungen nicht zwingend ein erhebliches Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien aus.⁴²³

420BUCHER, 267, insb. auch Fn. 36, in der BUCHER explizit auf die Kollision von AGB mit dispositivem Recht hinweist.

421BUCHER, 262; prominentes Beispiel bilden hier all jene Normen, die eine bestimmte Verkehrssitte gesetzlich perpetuieren.

422BUCHER, 259.

423Man denke z.B. an die Regelung der Gefahrtragung beim Kauf (Art. 185 Abs. 1 OR). Dass die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache mit Vertragsschluss auf den Erwerber übergeht, lässt sich zumindest in der Schweiz wohl kaum mit gesetzgeberischen Gerechtigkeitsvorstellungen begründen, sondern hängt vielmehr mit historischen Überlegungen zusammen (BUCHER, 265; vgl. ferner die Kritik bei BSK OR-KOLLER A., Art. 185 N 46). Wenn nun der Übergang der Gefahrtragung auf den Erwerber durch dessen Einkaufs-AGB auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Lieferung hinausgeschoben wird, mag dies zwar eine signifikante Abweichung vom dispositiven Recht bedeuten, jedoch stellt dies deswegen noch lange kein Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten dar.

4.2 *Ungerechtfertigtes Missverhältnis*

a Verstoss gegen Treu und Glauben

In einem zweiten Prüfungsschritt ist zu prüfen, ob ein zuvor festgestelltes erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien ausnahmsweise gerechtfertigt ist oder ob es gegen die Massstäbe von Treu und Glauben verstösst.

Es stellt sich wiederum die Frage des Beurteilungsmaßstabs. Konkret müssen bei der Suche nach Rechtfertigungsgründen die schutzwürdigen Interessen des AGB-Verwenders und seiner Gegenseite zueinander abgewogen werden, um zu prüfen, ob das zuvor festgestellte erhebliche Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien aus der Sicht einer loyalen, korrekten Person aufgrund rechtfertigender Umstände dennoch zulässig erscheint.⁴²⁴ Dabei sind auch die Möglichkeit der Risikobeherrschung und der Charakter des Vertragsverhältnisses mit zu berücksichtigen.⁴²⁵ So kann es beispielsweise gerechtfertigt sein, wenn der AGB-Verwender gewisse Risiken dem Käufer mittels AGB überbindet, wenn dieser besser in der Lage ist, die Risikoverwirklichung zu kontrollieren. Ebenso können der Geschäftscharakter, die Art der Güter und Dienstleistungen eine Rolle spielen.

Da das Vorliegen eines erheblichen Missverhältnis nach der hier vertretenen Auffassung bereits den Verstoss gegen Treu und Glauben impliziert, ist es Sache des Klauselverwenders, die Umstände darzulegen, aus denen geschlossen werden kann, dass die Klausel trotzdem gerechtfertigt ist.⁴²⁶ Dabei ist selbstverständlich, dass der Vertragsschluss selbst noch keinen rechtfertigenden Einwilligungstatbestand darstellt, weil Art. 8 UWG die gültige Einbeziehung von AGB voraussetzt und somit nie zur Anwendung gelangen könnte.⁴²⁷

424SCHMID, ZBJV 2012, 14; DERS., Grundpfandrechte, 99; KOLLER T., Auslegeordnung, 47.

425Vgl. WIDMER, 119, die sich für eine Einzelfallbeurteilung ausspricht und entsprechende auch das Kräfteverhältnis der Parteien mitberücksichtigen will.

426SCHMID, ZBJV 2012, 15; DERS., Grundpfandrechte, 100; KOLLER T., Auslegeordnung, 47; Kramer/Probst/Perrig-PROBST, N 491.

427So auch WIDMER, 118; Kramer/Probst/Perrig-PROBST, N 482.

b Kompensation nachteiliger Klauseln mit vorteilhaften Bestimmungen

Bei der Bewertung des ungerechtfertigten Missverhältnisses stellt sich zudem die Frage, ob das erhebliche Missverhältnis zulasten einer Partei mittels einer sie begünstigenden anderen Klausel ausgeglichen werden kann. In der Lehre wird in diesem Zusammenhang zwischen der engen und der weiten Kompensation sowie der Preiskompensation unterschieden.⁴²⁸ Während bei der engen Kompensation nur ein Ausgleich zwischen Klauseln möglich ist, die einen engen Sachzusammenhang aufweisen, ist bei der weiten Kompensation dieser Konnex nicht erforderlich. Die herrschende Lehre erachtet u.a. aus Transparenzgründen nur die enge Kompensation als zulässig.⁴²⁹

Nach meinem Dafürhalten sollte die Möglichkeit einer Kompensation bei Art. 8 UWG nur soweit zulässig sein, als der Schutz, den die Inhaltskontrolle bieten soll, nicht ausgehöhlt wird. Konkret bedeutet dies, dass nur eine Kompensation von Klauseln die einen Sachzusammenhang aufweisen, möglich sein kann:

So wäre im Bereich der Sachmängelgewährleistung eine Kompensation auf der zeitlichen Ebene (kürzere Verjährungsfrist, dafür längere Rügefrist) wohl grundsätzlich denkbar, generell auf die Gewährleistungsrechte bezogen (kein Wandelungsrecht, dafür längere Rügefrist) aber abzulehnen.⁴³⁰

Ferner kann nur dann von einer Kompensation gesprochen werden, wenn sie dem AGB-Adressaten auch konkrete Vorteile gewährt. Eine Kompensation mittels abstrakten Vorteilen – welche sich in der Praxis nicht auswirken – bietet dagegen keinen qualitativen Ausgleich zu einer den Kunden benachteiligenden Klausel.

Ein Spezialfall der Kompensation stellt die sog. Preiskompensation dar, bei der es um die Frage geht, ob eine den Abnehmer benachteiligende Klausel mit einem niedrigeren Preis kompensiert werden kann. Sie zählt ebenfalls zur

⁴²⁸BAUDENBACHER, Kommentar UWG, Art. 8 N 49.

⁴²⁹MAISSEN, N 322; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 122; DERS., Jusletter 29. Oktober 2012, Rz. 40; Heizmann/Loacker-HEISS, Art. 8 N 211; für das dt. Recht MüKo BGB-WURMNEST, § 307 N 36.

⁴³⁰Im Detail s.u. 161 ff.

weiten Kompensation und ist nach h.M. an sich unzulässig.⁴³¹ Auch nach der hier vertretenen Auffassung ist sie im Grundsatz abzulehnen, denn liesse man die Preiskompensation zu, müsste der Richter im Rahmen der Inhaltskontrolle einen «gerechten Preis» ermitteln, der dann als Masstab für die Abweichung im Verhältnis zur Vorteilseinbusse infolge der strittigen Klausel herhalten müsste. Dies soll aber nicht Aufgabe eines Richters sein.⁴³² Eine Ausnahme ist m.E. allerdings dort zu machen, wo es in der Natur des Geschäfts liegt, eine Ware zum Tiefstpreis, dafür unter Wegbedingung jeglicher Verpflichtungen seitens des Verkäufers, zu erwerben (so etwa beim «Rampen-» oder «Schnäppchenverkauf»). Der Zusammenhang von (Tiefst-)Preis und Freizeichnung tritt hierbei derart offensichtlich zutage, dass er dem Kunden einerseits transparent gemacht und andererseits der Freizeichnung ein konkreter Vorteil entgegengesetzt wird.

Eine zweite Ausnahme bildet die Möglichkeit einer Tarifwahl, bei der der Kunde eine echte, transparente Wahl zwischen verschiedenen «Preis-/Risikomodellen hat».⁴³³ Der fehlende Sachzusammenhang der engen Kompensation wird auch hier durch eine erhöhte Transparenz im Sinne einer offen kommunizierten, direkten Gegenüberstellung von Risiko und Preis ausgeglichen.⁴³⁴

Die Möglichkeit der Tarifwahl ist v.a. in der Versicherungsbranche von grosser Bedeutung, wo sich die Höhe der Prämie aufgrund des Deckungsumfangs berechnet.⁴³⁵ Ferner wird dieses Modell auch im Luftverkehr praktiziert, wo der Kunde zwischen verschiedenen Tarifmodellen wählen kann. So kann er seine Ticketkosten u.U. beträchtlich senken, je nachdem, wie viele Restriktionen (z.B. Stornofristen/-gebühren, besondere Vorauszahlungsmodalitäten etc.) er in Kauf nimmt.⁴³⁶

431 BAUDENBACHER, Kommentar UWG, Art. 8 N 49; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 121 f.; a.A. DAVID/JACOBS, N 394; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 59 f.

432 Vgl. aus dem dt. Recht: MüKo BGB-WURMNEST, § 307 N 44; Staudinger-COESTER, § 307 N 131; krit. KÄHLER, 424 f., der in der Ausserachtlassung der Preiskompensation eine Respektlosigkeit gegenüber den Parteiabsprachen erblickt.

433 BAUDENBACHER, Kommentar UWG, Art. 8 N 49; vgl. ferner BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 123; vgl. aus dem dt. Recht MüKo BGB-BASEDOW, § 310 N 83; Staudinger-COESTER, § 307 N 138.

434 Gl. A. JENNY, 50 f.

435 JENNY, 50 f. m.w.H.

436 S. hierzu etwas das IATA-Sondertarifsystem; vgl. POMPL, 260 ff. m.w.H.

Damit der Ausgleich auch qualitativ den Anforderungen genügt, muss es sich bei den zur Disposition stehenden Tarifen allerdings um ökonomisch vernünftige Alternativen handeln, die eine echte Wahlfreiheit gewähren.⁴³⁷

Schliesslich muss die Beweislast hinsichtlich Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes dem Klauselverwender obliegen.

V. Rechtsfolgen

1. Nichtigkeit der betroffenen Klausel

AGB-Klauseln, welche im Resultat der Inhaltskontrolle als missbräuchlich eingestuft wurden, gelten als unlauter und sind damit widerrechtlich (vgl. Art. 2 UWG), was wiederum ihre zivilrechtliche Nichtigkeit i.S.v. Art. 20 OR begründet.⁴³⁸ Da die Nichtigkeit allerdings nur die missbräuchliche Klausel beschlägt, bleibt der Restvertrag als solcher bestehen; es handelt sich bzgl. des Gesamtvertrags also um Teilnichtigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR.

Die missbräuchliche Klausel selbst ist nach ganz h.M. insgesamt ungültig, womit eine geltungserhaltende Reduktion auf das gesetzlich erlaubte Mass auszuschliessen ist.⁴³⁹ Eine andere Ansicht in dieser Frage liefe dem Zweck der Inhaltskontrolle grob zuwider, da der Klauselverwender lediglich im Streitfall die Klausel anpassen müsste und in allen anderen Fällen, in denen

⁴³⁷Vgl. aus dem dt. Recht Staudinger-COESTER, § 307 N 138 m.w.H.

⁴³⁸KOLLER A., OR AT, § 23 N 75; DERS. AJP 2016, 290; BAUDENBACHER, Kommentar UWG, Art. 8 N 59; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 291; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1155 ff.; DAVID/JACOBS, N 399; KOLLER T., Auslegeordnung, 64; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 144 u. N 147; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, Rz. 12.22 f.; EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, 269; SCHMID, ZBJV 2012, 16; DERS., Grundpfandrechte, 99; SUTTER/LÖRTSCHER, recht 2012, 101; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 61.

⁴³⁹BGer 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008, E. 5.6.3.2.1; Heizmann/Loacker-Heiss, Art. 8 N 249; RUSCH, SZW 2012, 443; KOLLER T., Auslegeordnung, 65 ff.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 146; BK OR-KRAMER, Art. 19–20 N 377; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1155b; SCHWENZER, N 46.09; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 291; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 61 f.; JENNY, 64 f.; EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, 269.

eine (gerichtliche) Auseinandersetzung unterbleibt, von der missbräuchlichen Klausel profitieren könnte.⁴⁴⁰

Da die Möglichkeit einer auf das gesetzlich zulässige Mass reduzierten Ersatzregel somit aus präventiven Gründen ausgeschlossen sein muss, hat in die entstandene Lücke dispositives Gesetzesrecht zu springen bzw. – wo solches nicht verfügbar ist – muss der Richter diese *modo legislatoris* füllen.⁴⁴¹

Im Übrigen darf sich nur der Klauseladressat auf die Unverbindlichkeit berufen, während der AGB-Verwender die Klausel gegen sich gelten lassen muss.⁴⁴² Eine weitere Besonderheit des AGB-Rechts ist der Umstand, dass der Klauselverwender im Falle der Unverbindlichkeit einer Klausel nicht die Möglichkeit zur Einwendung hat, dass er den Vertrag ohne die fragliche Klausel nicht geschlossen hätte.⁴⁴³ Eine besondere Regelung für Härtefälle, wie sie z.B. das deutsche Recht kennt (vgl. § 306 Abs. 3 BGB)⁴⁴⁴, sieht das AGB-Recht der Schweiz bis anhin nicht vor.

2. Besondere Klagerechte des UWG

Wer eine missbräuchliche AGB-Klausel im Geschäftsverkehr verwendet, handelt unlauter und damit widerrechtlich i.S.v. Art. 2 UWG.⁴⁴⁵ Es finden daher auch die Klagerechte des UWG Anwendung. Dem Konsumenten in seiner Eigenschaft als Kunde stehen somit alle Rechtsbehelfe nach Art. 9

440Vgl. BGer 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008, E. 5.6.3.2.1; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 146; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 62; a.A. HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, 1211, nach deren Meinung eine geltungserhaltende Reduktion nur dann ausgeschlossen sein soll, wenn dem Klauselverwender nachgewiesen werden kann, dass er «bewusst mit dieser Rechtsfolge spekuliert», um «eine Schutznorm zu unterlaufen».

441SCHWENZER, N 46.09; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 147; EHLE/BRUNSCHWEILER, RIW 2012, 269; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 62; vgl. für das dt. Recht MüKo BGB-BASEDOW, § 306 N 4 m.w.H. u. Verw.

442BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 145; KOLLER T., Auslegeordnung, 64; ROBERTO/WALKER, recht 2014, 61; so auch im Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 RL 93/13/EWG.

443BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 147; KOLLER T., Auslegeordnung, 65.

444MüKo BGB-BASEDOW, § 306 N 31 ff. m.w.H.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-PFEIFFER, Art. 6 RL N 16 ff.

445KOLLER T., Auslegeordnung, 68; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 136.

UWG zur Verfügung (vgl. Art. 10 Abs. 1 UWG). Dazu gehört neben den klassischen Abwehrklagen (Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage) auch die Klage auf Schadenersatz, auf Genugtuung sowie auf Gewinnherausgabe (Art. 9 Abs. 3 UWG). Da der Kunde normalerweise aber ein höheres Interesse an den oben erläuterten zivilrechtlichen Rechtsfolgen (Nichtigkeit einer AGB-Klausel innerhalb des von ihm geschlossenen Vertrags) haben dürfte, sind die lauterkeitsrechtlichen Rechtsbehelfe für Kunden relativ uninteressant.⁴⁴⁶ Neben dem Kunden haben auch Konkurrenten des AGB-Verwenders die Möglichkeit sich der Rechtsbehelfe nach Art. 9 UWG zu bedienen (Art. 9 Abs. 1 UWG). Allerdings dürfte das Interesse an solchen Prozessen unter Konkurrenten wohl eher gering sein, wenn man davon ausgeht, dass ein mangelnder Konditionenwettbewerb gerade ein Teil der AGB-Problematik darstellt.⁴⁴⁷

Wesentlich interessanter sind die lauterkeitsrechtlichen Rechtsbehelfe hingegen für Institutionen, die den Schutz überindividueller Interessen, allen voran den Konsumentenschutz, verfolgen. Art. 10 Abs. 2 lit. b u. Abs. 3 UWG gewährt sowohl den Konsumentenschutzorganisationen als auch dem Bund eine Klagelegitimation betreffend die Abwehrklagen i.S.v. Art. 9 Abs. 1 UWG. Ausserdem kann zusätzlich eine Urteils publikation im Anschluss an den Prozess beantragt werden (Art. 9 Abs. 2 UWG). Damit sollte für Konsumentenschutzorganisationen ein gewisser Anreiz bestehen, eine potenziell missbräuchliche AGB-Klausel einer abstrakten Überprüfung durch ein Gericht unterziehen zu lassen und das Urteil im Anschluss daran zu veröffentlichen.⁴⁴⁸ Gerade weil es in der Schweiz *de lege lata* noch keine Möglichkeit zur Rechtskrafterstreckung eines solchen Urteils gibt, stellt die Urteils publikation ein wichtiges Element zur Schaffung eines faktischen Präjudizes dar.⁴⁴⁹

Ferner legitimiert Art. 10 Abs. 3 UWG auch den Bund zu den genannten Abwehrklagen (mit Anspruch auf Urteils publikation), wenn er es zum Schutz des öffentlichen Interesses als nötig erachtet. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Interessen mehrerer Personen oder einer Gruppe von Angehörigen

446S.a. BSK UWG-RÜETSCHI, Art. 10 N 6; KOLLER T., Auslegeordnung, 69.

447Vgl. SCHWENZER, N 44.03; aus dem dt. Recht Staudinger-SCHLOSSER, Vorbem. zu § 305 ff. N 4; Staudinger-COESTER, § 307 N 4.

448RUSCH/SCHIRRMACHER, ZBJV 2013, 683 ff. m.w.H zu Konsumentenschutzorganisationen im AGB-Streit.

449Vgl. RUSCH/SCHIRRMACHER, ZBJV 2013, 692; JENNY, 68.

einer Branche oder andere Kollektivinteressen bedroht oder verletzt sind (Art. 10 Abs. 3 lit. a UWG). Das Klagerecht des Bundes wurde im Zuge der UWG-Revision besonders mit Blick auf irreführende Gewinnversprechen, Internetbetrügereien, Adressbuchschwindel sowie Schneeballsysteme eingeführt,⁴⁵⁰ und setzt nach dem Willen des Gesetzgebers ein unlauteres Verhalten grösseren Ausmasses mit einer entsprechenden Anzahl von Opfern voraus.⁴⁵¹ Ob der Bund von seinem Klagerecht auch bei missbräuchlichen AGB Gebrauch machen wird, bleibt abzuwarten, ist aber grundsätzlich denkbar, da die Voraussetzungen dafür auch bei missbräuchlichen AGB erfüllt sein können.

VI. Exkurs: Schweizer Obligationenrecht 2020 (OR 2020)

Seit 2013 verfügt die Schweiz über einen akademischen Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil für ein Schweizer Obligationenrecht (OR 2020).⁴⁵² Dieser orientiert sich im Bereich des Konsumentenrechts stark an den Entwicklungen, die sich auf europäischer Ebene abgespielt haben, und steht den bereits oben besprochenen Regelwerken auf Unionsebene (PECL, ACQP, DCFR und CESL) inhaltlich sehr nahe.⁴⁵³

Das OR 2020 will mit Art. 33 eine offene Inhaltskontrolle im allgemeinen Teil des Obligationenrechts einführen:

Art. 33 OR 2020

Vertragsklauseln, die ein Missverhältnis begründen

¹ Vertragsklauseln, welche in gegen Treu und Glauben verstossender Weise ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten einer Partei begründen, sind ungültig.

Der Normtext deckt sich weitgehend mit Art. 8 UWG, dennoch sind einige Unterschiede herauszustreichen:

450 Bot. UWG, BBl 2009, 6151 ff., 6180 f.

451 So etwa NR MARKWALDER und BR SCHNEIDER-AMMANN (AB N 2011 230).

452 Zu den Motiven dieses Entwurfs s. OR 2020-HUGUENIN/HILTY, Einleitung vor Art. 1 ff. N 1 ff.

453 Vgl. hierzu die Erläuterungen bei OR 2020-HUGUENIN/HILTY, Einleitung vor Art. 1 ff. N 44 ff., insb. N 50 ff.

In persönlicher Hinsicht beschränkt sich der Anwendungsbereich von Art. 33 OR 2020 nicht auf Verträge mit Konsumenten, sondern erstreckt sich auf alle Vertragsverhältnisse.⁴⁵⁴

Der sachliche Anwendungsbereich erweitert sich ebenfalls. Neu wären nicht nur Allgemeine Geschäftsbedingungen, sondern generell *nicht individuell ausgehandelte Vertragsbedingungen* der Inhaltskontrolle unterworfen. Bei isolierter Betrachtung des Wortlauts könnte man Art. 33 Abs. 1 OR 2020 dahingehend missinterpretieren, dass sogar alle Vertragsbedingungen erfasst werden sollen. Dem ist jedoch nicht so, da die Bestimmung systematisch im Kontext der übergeordneten Marginalie «III. Vorformulierte, nicht verhandelte Vertragsklauseln» zu verstehen ist.⁴⁵⁵ Bedauerlich, da inkonsequent, ist diese Auslassung dennoch, da der vorangehende und ebenfalls unter der Marginalie stehende Artikel 32 OR 2020 (zur Unklarheitenregel) in seinem Wortlaut trotzdem nochmals von «vorformulierten, nicht verhandelten Vertragsklauseln» spricht. Weshalb bei Art. 33 Abs. 1 OR 2020 darauf verzichtet wurde, ist nicht klar ersichtlich.

Hinsichtlich der restlichen Voraussetzungen des gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossenden erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten kann auf die Ausführungen zu Art. 8 UWG verwiesen werden.⁴⁵⁶

Begrüssenswert an der Inhaltskontrolle des OR 2020 ist sicher die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs auf alle nicht verhandelten Vertragsklauseln – womit das Kriterium der Mehrfachverwendungsabsicht entfielen – und die Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs auf alle Wirtschaftsteilnehmer, da der Überrumpelungseffekt den gewerblichen Kunden genauso treffen kann, wie den Konsumenten. Es stellt sich aber auch beim OR 2020 die Frage nach einem tauglichen Referenzsystem zur Konkretisierung des Tatbestands. Wie ohne Katalogbestimmungen, nur unter Zuhilfenahme des generalklauselartigen Art. 33 Abs. 1 OR 2020, eine Inhaltskontrolle stattfinden soll, die die Bedürfnisse der Konsumenten und der Kaufleute gleichermassen zu berücksichtigen vermag, bleibt fraglich. Hier bräuchte es m.E. konkrete Hilfsmittel, etwa in Form von Katalogklauseln, die

454OR 2020-VOGT, Art. 33 N 6.

455OR 2020-VOGT, Art. 33 N 4.

456S.o. S. 86 ff.

wenigstens ein Mindestmass an Orientierung und damit mehr Rechtssicherheit schaffen würden.

Dritter Teil:
Vertragliche Regelungen kaufrecht-
licher Sachmängelgewährleistung

§ 7 Die Sachmängelgewährleistung im Kaufrecht

I. Einleitende Bemerkungen

Die Regeln der kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistung sind in den Art. 197–210 OR aufgeführt. Danach haftet der Verkäufer einer Sache dem Käufer, der sich ihm im Vertrauen auf den mangelfreien Zustand der Kaufsache zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet hat, dafür, dass der vereinbarte Kaufgegenstand zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs⁴⁵⁷ frei von jeglichen Mängeln ist und alle vorgängig zugesicherten Eigenschaften besitzt (vgl. Art. 197 Abs. 1 OR).

Die vorliegende Darstellung beschränkt sich auf die Abhandlung der kaufrechtlichen Sachmängelgewährleistungsregeln unter Ausschluss der Sonderregeln für den Viehkauf (Art. 198 OR), den Grundstückskauf (Art. 219 OR) sowie den Forderungskauf (Art. 171–173 OR). Auf die Sachmängelgewährleistungsvorschriften des Werkvertrags (Art. 367 ff. OR) wird nur soweit eingegangen, als sie hilfsweise zur Interpretation der kaufrechtlichen Regeln herangezogen werden können.

II. Anwendungsbereich der Sachmängelgewährleistung

1. Beim Spezieskauf

Beim Stück- oder Spezieskauf ist eine individuell bestimmbare Sache (*Speziessache*) geschuldet.⁴⁵⁸ Ob hier überhaupt ein Sachmangel bestehen kann oder ob die Sache lediglich so geschuldet ist, wie sie eben ist, hat in der Rechtslehre zu grossen Auseinandersetzungen geführt. Die Vertreter der Ansicht, dass die Mangelfreiheit der Speziessache nicht zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehört, gehen davon aus, dass die Sachmängelgewährleistung dem Verkäufer eine separate gesetzliche Garantie für einen nicht geschuldeten Erfolg auferlegt (*Gewährleistungstheorie*).⁴⁵⁹ Andere Autoren vertreten

⁴⁵⁷BSK OR-HONSELL, Art. 197 N 11; SCHMID/StÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 338.

⁴⁵⁸Z.B. das Bild «La trahison des images» von René Magritte, das vor den Parteien stehende Rennpferd oder der rote VW, der in der Garage des Verkäufers steht.

⁴⁵⁹BUCHER, OR BT, 68 u. 83; RABEL, 101 ff.

wiederum die Auffassung, dass auch beim Stückkauf die Mangelfreiheit zur Leistungspflicht des Verkäufers gehöre und die Sachmängelhaftung nur ein spezieller Fall der Leistungsstörungen darstelle (*Erfüllungstheorie*).⁴⁶⁰ Dies ist auch die Auffassung des Bundesgerichts.⁴⁶¹ Auf diesen von HONSELL als praktisch kaum bedeutsam bezeichneten Theorienstreit⁴⁶² soll an dieser Stelle nicht ausführlich eingegangen werden. Für die folgende Abhandlung der Sachmängelgewährleistung wird der Rechtsprechung des Bundesgerichts entsprechend der Erfüllungstheorie der Vorzug gegeben, wonach auch beim Speziaukauf die Mangelfreiheit zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehört.

2. Beim Gattungskauf

Beim Gattungskauf ist die geschuldete Kaufsache lediglich durch eine bestimmte Qualität und Quantität bestimmt (Art. 71 Abs. 1 OR). Was die jeweilige Gattung ausmacht, entscheiden die Parteien selber, indem sie die Kaufsache näher oder weiter umschreiben (*relativer Gattungsbegriff*).⁴⁶³

Uhr – Armbanduhr – IWC – Typ Portofino – in Silber, usw.

Kann kein tatsächlicher übereinstimmender Parteiwille eruiert werden, ist der Gattungsbegriff nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, wobei auf die Verkehrsauffassung abzustellen ist.⁴⁶⁴

Die Unterscheidung zwischen Spezies und Gattung kann Schwierigkeiten bereiten, wenn der Käufer eine bestimmte Sache aus einer Gruppe gleichartiger Sachen aussucht.

A möchte einen Mixer kaufen. Er geht in den Elektrohandel, nimmt einen Mixer aus dem Regal und zahlt diesen bei B an der Kasse. Da A einen bestimmten Mixer ausgesucht hat, könnte man annehmen, es liege ein Speziaukauf vor. Stehen allerdings weitere Mixer des gleichen Typs im Regal, könnte auch ein Gattungskauf vorliegen. Hier kommt es darauf an, ob es dem A wichtig war, genau diesen Mixer zu erwerben oder ob er ihn lediglich als *Repräsentant der Gattung* ausgewählt hat. Ist Letzteres der Fall, liegt ein Gattungskauf vor.

460BK OR-GIGER, Vor Art. 197–210 N 17 ff.; KELLER/SIEHR, 71 ff.; BÄHLER, 34 ff.).

461BGE 107 II 419, 421 E. 1; BGE 108 II 102, 104 E. 2.a); BGE 133 III 335, 339 E. 2.4.1.

462BSK OR-HONSELL, Vor Art. 192–196 N 2.

463BGE 121 III 453, 455 f. E. 4.a); BGE 94 II 26, 30 E. 2.a); KOLLER A., OR BT, § 3 N 6.

464BGE 121 III 453, 457 E. 4.a); HUGUENIN, N 2591.

Ein Gattungskauf liegt jedenfalls immer dann vor, wenn die Auswahl des konkreten Leistungsgegenstands dem Verkäufer zukommt (vgl. Art. 71 Abs. 1 OR).

Ein weiteres Problem des Gattungskaufs betrifft die Frage, wie zu verfahren ist, wenn die geschuldete Leistung zwar nach der Gattung bestimmt ist, der gelieferte Kaufgegenstand aber von der geschuldeten Sache abweicht. Weicht der vom Verkäufer gelieferte Kaufgegenstand in krasser Weise von der Verkehrsauffassung oder dem vereinbarten Verwendungszweck ab, stellt dieser nach Auffassung der herrschenden Lehre und Rechtsprechung nicht die geschuldete, sondern eine andere Sache – ein *aliud* – dar.⁴⁶⁵ Dies ist z.B. der Fall, wenn ein geliefertes Fahrzeug anstatt des vertraglich vorgesehenen Automatikgetriebes nur über eine gewöhnliche Handschaltung verfügt (vgl. BGE 121 III 453 – Hubstapler). Hier kommen sodann nicht die Regeln der Sachmängelgewährleistung, sondern diejenigen des Schuldnerverzugs (Art. 102 ff. OR) zur Anwendung.⁴⁶⁶ Anderes gilt, wenn der gelieferte Kaufgegenstand zwar alle von den Parteien vereinbarten Gattungsmerkmale aufweist, aber ansonsten nicht die vereinbarte oder gesetzlich vorgeschriebene Qualität bietet (*peius*).⁴⁶⁷ Da die Unterscheidung zwischen *aliud* und *peius* mitunter schwierig sein kann und die Rechtsfolgen an verschiedene Voraussetzungen anknüpfen, fordern verschiedene Autoren die Unterscheidung zwischen *aliud* und *peius* beim Gattungskauf aufzugeben.⁴⁶⁸ Der Rücktritt nach Art. 107 ff. OR setzt im Gegensatz zur Wandelung nach Art. 205 Abs. 1 OR eine Inverzugsetzung voraus, dafür findet auf den daraus entstehenden Rückforderungsanspruch die für den Käufer wesentlich günstigere zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 127 OR Anwendung.⁴⁶⁹

Solange das Bundesgericht allerdings zwischen *aliud* und *peius* unterscheidet, stellt sich die Frage, ob eine Partei mittels AGB bestimmen darf, wo die Grenze zwischen *aliud* und *peius* liegt.

465 BGE 121 III 453, 457 E. 4.a); BGE 69 II 97; BUCHER, OR BT, 118 f.; KELLER/SIEHR, 30; BK OR-GIGER, Vor Art. 197–210 N 47 ff.; FURRER R., 37; HONSELL, OR BT, 121 ff.; CAVIN, 124 f.

466 BGE 121 III 453, 458 E. 4.a).

467 Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn das gelieferte Fahrzeug zwar über das vertraglich vorgesehene Automatikgetriebe verfügt, dieses aber nicht richtig schaltet.

468 Guhl/KOLLER, § 42 N 13; SCHWENZER, N 8.07; BÄHLER, 199 ff.; KRAMER, recht 1997, 87 ff.

469 BGE 114 II 152, 156 E. 2.c)aa).

Beim Gattungskauf trifft man hin und wieder auf AGB-Klauseln, die dem Verkäufer das Recht einräumen, einen anderen, qualitativ und preislich gleichwertigen Artikel zu liefern, sollte der bestellte Artikel nicht mehr lieferbar sein.⁴⁷⁰

Die Frage, wie die geschuldete Leistung beschaffen sein muss, damit sie zur Vertragserfüllung taugt, ist eine Frage der Leistungsbestimmung. Grundsätzlich ist es an den Parteien, die geschuldete Leistung miteinander zu vereinbaren. Ist es aufgrund einer entsprechenden AGB-Klausel exklusiv dem AGB-Verwender vorbehalten, den Inhalt der ursprünglich geschuldeten Leistung nachträglich abzuändern, liegt ein einseitiges Änderungsrecht vor, welches das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung betrifft. Solche Änderungsvorbehalte sollten m.E. nur in Ausnahmefällen zulässig sein, wo sie dem Kunden aufgrund der besonderen Art des Geschäfts zumutbar sind bzw. wo sie durch konkrete Vorteile (z.B. Widerrufsrechte und kostenfreie Rückabwicklung) kompensiert werden. Andernfalls würde ein einseitiges Änderungsrecht des Verkäufers als missbräuchlich im Sinne von Art. 8 UWG zu qualifizieren.

III. Allgemeine Gewährleistungsvoraussetzungen

1. Sachmangel – Fehlerbegriff

Ein Sachmangel liegt vor, wenn der gelieferten Sache bestimmte Eigenschaften fehlen, die der Käufer nach Treu und Glauben voraussetzen durfte⁴⁷¹, folglich eine Diskrepanz zwischen der Ist- und der Soll-Beschaffenheit des Kaufgegenstands vorliegt.⁴⁷² Die Soll-Beschaffenheit bestimmt sich dabei grundsätzlich nach dem Kaufvertrag, also nach dem, was die Parteien vereinbart haben (*subjektiver* Mangelbegriff).⁴⁷³ Subsidiär kommt bei fehlender Vereinbarung der *objektive* Mangelbegriff – also was nach herrschender Verkehrsanschauung «normale Qualität» der Sache darstellt – als Hilfskriterium zur Anwendung.⁴⁷⁴ Weicht der Zustand der Sache *erheblich* von der

470 So etwa die AGB diverser Weinhandelshäuser.

471 BGer 4A_173/2014 vom 10. Juni 2014, E. 5.2; vgl. VISCHER, AJP 2011, 1169.

472 BSK OR-HONSELL, Art. 197 N 2; KOLLER A., OR BT, § 4 N 139; LÖRTSCHER, 56; BÄHLER, 7.

473 BGer 4A_173/2014 vom 10. Juni 2014, E. 5.2; BGE 114 II 239, 244 E. 5.a)aa); BK OR-BECKER, Art. 197 N 5; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 324; KELLER/SIEHR, 76; BUCHER, OR BT, 90.

474 BÄHLER, 13; OR-BECKER, Art. 197 N 5.

berechtigten Vorstellung des Käufers ab bzw. ist die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch⁴⁷⁵ erheblich gemindert oder gar ausgeschlossen, gilt die Sache als mangelhaft i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR.

1.1 Körperliche und rechtliche Mängel

Ein Sachmangel kann sowohl *körperlicher* als auch *rechtlicher* Natur sein.⁴⁷⁶

Ein körperlicher Mangel läge etwa bei defekten Bremsen an einem Kraftfahrzeug vor. Ein technisch einwandfreies Fahrzeug, das der Käufer jedoch aufgrund der hiesigen Zulassungsbestimmungen nicht in Verkehr setzen kann, stellte dagegen einen rechtlichen Mangel dar.

Das Erfordernis der Erheblichkeit schliesst die Sachmängelgewährleistung für geringe, vom Käufer zu tolerierende Mängel aus.⁴⁷⁷

1.2 Fehlen zugesicherter Eigenschaften

Unabhängig von der Erheblichkeit der Abweichung ist eine Kaufsache zudem immer dann mangelhaft i.S.v. Art. 197 Abs. 1 OR, wenn sie nicht einer vom Verkäufer *zugesicherten Eigenschaft* entspricht.⁴⁷⁸ Unter einer Zusicherung ist jede ernsthafte Erklärung des Verkäufers zu verstehen, nach welcher die Kaufsache eine bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft aufweise.⁴⁷⁹ Eigenschaften sind diejenigen Merkmale einer Kaufsache, die nach der Verkehrsanschauung oder nach den dem Verkäufer bekannten oder erkennbaren individuellen Interessen des Käufers den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit der Kaufsache beeinflussen.⁴⁸⁰ Eine Zusicherung kann sowohl ausdrücklich, als auch konkludent erfolgen.⁴⁸¹ Nach der h.M. in Lehre und Rechtspre-

475 Dieser bestimmt sich aus übereinstimmender Parteierklärung oder aus Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, nie jedoch aus der einseitigen Vorstellung des Käufers (vgl. LÖRTSCHER, 56).

476 BSK OR-HONSELL, Art. 197 N 2.

477 KOLLER A., OR BT, § 4 N 142; BK OR-BECKER, Art. 197 N 6 m.w.H.

478 BGE 87 II 244, 245 E. a); BSK OR-HONSELL, Art. 197 N 14 ff.; KOLLER A., OR BT, § 4 N 142; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 327; LÖRTSCHER, 57.

479 BGE 88 II 410, 416 E. 3.c); BK OR-GIGER, Art. 197 N 15; ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 N 85; KELLER/SIEHR, 73 f.; HUGUENIN, N 2599; LÖRTSCHER, 252; BÄHLER, 19 f.

480 Vgl. Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 11.12.1998, ZR 1998, 140.

481 BGE 102 II 97, 100 E. 2.a), wonach der hohe Preis einer Briefmarke eine konkludente Zusicherung hinsichtlich ihrer Echtheit darstellen könne.

chung darf die Zusicherung nur als blosser Vorstellungs- bzw. Wissenserklärung verstanden werden, die bei Nichtvorhandensein eine auf die «Grundsätze von Treu und Glauben zurückzuführende gesetzliche Haftung» auslöst.⁴⁸² Nach anderen Autoren stellt die Zusicherung hingegen eine (zustimmungsbedürftige) Willenserklärung dar, welche ein vertragliches Leistungsversprechen begründet.⁴⁸³ Das Fehlen zugesicherter Eigenschaften bildet neben dem Vorliegen körperlicher und rechtlicher Mängel eine alternative Tatbestandsvoraussetzung von Art. 197 OR. Daher bietet es sich an, von einer einheitlichen Rechtsnatur der Sollbeschaffenheit auszugehen, unabhängig davon, ob bestimmte Eigenschaften der Kaufsache zugesichert oder zur Tauglichkeit der Sache vorausgesetzt werden. Dass vorausgesetzte Eigenschaften keiner besonderen Willenserklärung als Geltungsgrundlage für die Sollbeschaffenheit bedürfen, ist soweit klar, als sie eben vorausgesetzt sind. Bei Zusicherungen sollte eine ernsthaft behauptete Eigenschaft daher ebenfalls als Geltungsgrundlage für die Sollbeschaffenheit genügen. Nach meinem Dafürhalten handelt es sich bei der Zusicherung somit um eine qualifizierte Wissenserklärung.⁴⁸⁴ Es genügt folglich jede ernsthafte Erklärung, wonach die Sache eine bestimmte Eigenschaft aufweise, wenn der Käufer nach Treu und Glauben auf diese Angabe vertrauen darf.⁴⁸⁵ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt es, dass die Zusicherung den Kaufentschluss beeinflusst hat.⁴⁸⁶

Von der Zusicherung sind die *blosse Anpreisung* (rein reklamehafte Beschreibung des Kaufgegenstands) sowie die *selbstständige Garantie* (über

482 BGE 126 III 59, 68 E. 5.c) = Pra 89 (2000) Nr. 117, 697; BGE 88 II 410, 416 E. 3.c); BGE 73 II 218, 220 E. 1.a); BGE 71 II 239, 241 E. 4.; KELLER/SIEHR, 74 f.; CHK OR-MÜLLER-CHEN, Art. 197 N 16; vgl. zum Ganzen BSK OR-HONSELL, Art. 197 N 14 sowie DERS., OR BT, 86.

483 BK OR-GIGER, Art. 197 N 7; ZK OR-SCHÖNLE/HIGL, Art. 197 N 88; HUGUENIN, N 2599; ARNET, AJP 2000, 1167 f.; VISCHER, AJP 2011, 1169.

484 S. auch KELLER/SIEHR, 74, wonach sich die praktische Relevanz dieser Frage auf die Problematik der mündlichen Zusicherung bei einem gleichzeitig vereinbarten Formvorbehalt reduziert. Betrachtet man hier die Zusicherung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung, wäre sie ebenfalls dem Formerfordernis unterworfen und bei einem Schriftlichkeitserfordernis ungültig. Interpretiert man die Zusicherung hingegen als reine Wissensäusserung, unterliegt sie keinem Formerfordernis.

485 BGE 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005, E. 1.5; BGE 109 II 24, 24 E. 4.; HUGUENIN, N 2600; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 327; KELLER/SIEHR, 75.

486 BGE 4A_417/2007 vom 14. Februar 2008, E. 5.1; BGE 87 II 244, 245 E. a); BGE 81 II 207, 209 E. 1.

die Beschaffenheit des Kaufgegenstands hinausgehendes Erfolgsversprechen) zu unterscheiden.⁴⁸⁷

2. Vorliegen des Sachmangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Als weitere Voraussetzung muss der Sachmangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mindestens «im Keim» angelegt sein.⁴⁸⁸ Beim Stückkauf stellt dies grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschluss dar (Art. 185 Abs. 1 OR). Beim Gattungskauf geht die Gefahr mit der Aussonderung der Ware bzw. deren Versendung über (Art. 185 Abs. 2 OR). Wird die Sache erst zu einem späteren Zeitpunkt fehlerhaft, haftet der Verkäufer – vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen – nur bei Verschulden nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung (Art. 97 OR).

3. Unkenntnis des Käufers von der Mangelhaftigkeit

Wusste der Käufer im Zeitpunkt des Vertragsschluss um die Mangelhaftigkeit der Kaufsache⁴⁸⁹ oder hat er sich der Kenntnisnahme bewusst entzogen, so gilt der Mangel als genehmigt und der Verkäufer haftet dafür nicht (Art. 200 Abs. 1 OR).⁴⁹⁰ Bei fahrlässiger Unkenntnis des Käufers haftet der Verkäufer ausschliesslich, wenn er eine Zusicherung bzgl. der konkret infrage stehenden Eigenschaft gemacht hat (vgl. Art. 200 Abs. 2 OR).⁴⁹¹

Da Art. 200 OR den Zeitraum vor bzw. bis zum Vertragsschluss betrifft, trifft den Käufer hier – anders als für die Zeit danach (vgl. Art. 201 OR) – noch keine eigentliche Prüfungspflicht, «sondern nur die Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt» bei der Auswahl der Kaufsache.⁴⁹² In BGE 98 II 191

487BGer 4A_220/2013 vom 30. September 2013, E. 4.3.1; BGE 122 III 426, 428 E. 4.; m.w.H. zu den Abgrenzungskriterien s. HUGUENIN, N 2602 ff.; BK OR-GIGER, Art. 197 N 14 ff.; BSK OR-HONSELL, Art. 197 N 16 f.; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 329 ff.

488BGer 4C.321/2006 vom 1. Mai 2007, E. 4.3.1; HONSELL, OR BT, 85.

489Hier ist tatsächliche Kenntnisnahme verlangt. Der Käufer muss die volle Tragweite und Bedeutung der Mängel realisieren (BSK OR-HONSELL, Art. 200 N 2; LÖRTSCHER, 57).

490BSK OR-HONSELL, Art. 200 N 1 ff. m.w.H.

491BGer 4A_648/2012 vom 25. Februar 2013, E. 3.

492Vgl. BGE 131 III 145, 149 E 6.3 = Pra 94 (2005) Nr. 50, 393, worin das Bundesgericht festhielt, dass keine rechtliche Pflicht oder Usance bestehe, bei einem Hauskauf

hatte das Bundesgericht das Begehren der Berufungsklägerin gutgeheissen, die sich beim Kauf eines Grundstücks allein auf den Grundbuchplan verlassen hatte, ohne das Grundstück vorgängig persönlich zu besichtigen, obschon sie bei einer Besichtigung die Belastung des Grundstücks mit einer sich im Rohbau befindlichen Strasse, welche aber noch nicht ins Grundbuch eingetragen war, ohne Weiteres hätte erkennen können.

4. Rechtzeitige Mängelrüge

4.1 Prüfungsobliegenheit

Der Käufer muss den Kaufgegenstand auf seine Beschaffenheit hin überprüfen, «sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist» (Art. 201 Abs. 1 OR). Die Frist, innert der der Käufer dieser Obliegenheit nachkommen muss, beginnt grundsätzlich am Ort der Ablieferung⁴⁹³ mit der Übergabe der Kaufsache, d.h. mit Besitzübergang⁴⁹⁴ und variiert je nach Kaufgegenstand, seiner Verwendung und den Gepflogenheiten des Geschäfts im betreffenden Geschäftszweig unterschiedlich lange.⁴⁹⁵ So ist es möglich, dass die Frist in bestimmten Fällen (z.B. bei verderblichen Waren⁴⁹⁶) nur wenige Stunden bis Tage dauert, während sie in anderen Fällen sogar mehrere Monate betragen kann (z.B. beim Kauf eines Schneeflugs im Sommer⁴⁹⁷). Handelt es sich beim Käufer um einen Kaufmann, gelten strengere Anforderungen hinsichtlich Intensität und Promptheit der Untersuchung als dies bei einem Konsumenten der Fall wäre.⁴⁹⁸

4.2 Rügeobliegenheit

Entdeckt der Käufer einen Mangel, obliegt es ihm, diesen «sofort» dem Verkäufer anzuzeigen, andernfalls er als genehmigt gilt (vgl. Art. 201 Abs. 2

vor Vertragsschluss einen Spezialisten beizuziehen, um das Haus auf Mängel zu überprüfen; BGE 66 II 132, 137 E. 5.

493BGE 88 II 364, 366 E 3.a).

494BGE 131 III 145, 149 E 7.1 = Pra 94 (2005) Nr. 50, 394.

495BGE 81 II 56, 59 E. 3; BK OR-BECKER, Art. 201 N 15; BSK OR-HONSELL, Art. 201 N 9.

496BGE 18 348, 352 f. E. 4; SJZ 1965, 327 f. Nr. 152.

497BGE 77 II 405, 417 E. 7.

498BK OR-BECKER, Art. 201 N 15; BSK OR-HONSELL, Art. 201 N 9; KOLLER A., OR BT, § 4 N 166.

OR). Auch hier beurteilt sich die Zeitspanne des rechtzeitigen Handelns nach den Umständen des Einzelfalls sowie insbesondere nach der Art des Mangels.⁴⁹⁹ Bei versteckten Mängeln – d.h. bei solchen, die bei ordnungsgemässer Überprüfung nicht erkennbar waren und erst später zu Tage treten – hat die Anzeige sofort nach deren Entdeckung zu erfolgen.⁵⁰⁰ Eine Anzeige hat generell immer dann zu erfolgen, sobald der Käufer in der Lage ist, die Bedeutung und die Tragweite des Mangels festzustellen.⁵⁰¹ Erst dann ist es ihm möglich, den Mangel auch inhaltlich ausreichend substantiiert zu rügen.

Die Mängelrüge ist an keine bestimmte Form gebunden, sie muss jedoch inhaltlich genügend substantiiert sein. Dabei muss der Käufer zum Ausdruck bringen, dass er Sachmängelgewährleistung verlangt bzw. die Annahme der Sache verweigern will, und angeben, inwiefern die Sache nicht den vertraglich vorausgesetzten bzw. zugesicherten Eigenschaften entspricht.⁵⁰² Wie der Käufer sein Wahlrecht hinsichtlich der einzelnen Gewährleistungsrechte auszuüben gedenkt, braucht er zu diesem Zeitpunkt noch nicht anzugeben.⁵⁰³

4.3 Folgen verspäteter Mängelrüge

Die rechtzeitige und richtige Erhebung der Mängelrüge ist von besonderer Bedeutung, da der Käufer bei Verletzung dieser Obliegenheiten seine Sachmängelgewährleistungsrechte verliert (Art. 201 Abs. 2 OR). Die Bestimmung gilt für jeden Sachmangel, also auch für das Fehlen von zugesicherten Eigenschaften.⁵⁰⁴ Eine Ausnahme hiervon besteht lediglich, wenn der Käufer absichtlich getäuscht wurde (Art. 203 OR). Absicht ist dann gegeben, wenn der Verkäufer es bewusst unterlässt, dem Käufer das Vorhandensein eines Mangels mitzuteilen, obwohl er weiss, dass es sich für den Käufer um einen wesentlichen Umstand handelt und der Käufer den Mangel nicht kennt bzw.

499BGE 131 III 145, 150 E 7.2 = Pra 94 (2005) Nr. 50, 394.

500Vgl. z.B. BGE 46 II 55, 62 E. 3., wo das Bundesgericht eine nach zwei Monaten erfolgte Rüge für den Mangel des hohen Benzinverbrauchs eines Occasionsautos als zu spät erachtete; BSK OR-HONSELL, Art. 201 N 11.

501BGE 131 III 145, 150 E 7.2 = Pra 94 (2005) Nr. 50, 394; für den Werkvertrag s. BGE 117 II 425, 427 E. 2

502BGer 4C.395/2001 vom 28. Mai 2002, E. 2.1.1 u. E. 2.1.3 mit zahlreichen Beispielen; BK OR-BECKER, Art. 201 N 6 f.; BSK OR-HONSELL, Art. 201 N 10; HUGUENIN, N 2627; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 363; LÖRTSCHER, 58.

503BSK OR-HONSELL, Art. 201 N 10; CAVIN, 90; KOLLER A., OR BT, § 4 N 213; a.A. FURRER R., 64.

504BGE 107 II 419, 422 E. 2.; BGE 81 II 56, 57 E. 2.b); BK OR-BECKER, Art. 201 N 1.

diesen angesichts seiner versteckten Natur auch nicht hätte entdecken können.⁵⁰⁵ Die absichtliche Täuschung ist durch den Käufer zu beweisen.⁵⁰⁶

Ergänzend ist anzumerken, dass der Verkäufer längstens innerhalb der *absoluten* Verjährungsfrist von Art. 210 OR haftet. Die Verjährungsfrist ist somit gleichzeitig Verwirkungsfrist hinsichtlich der verschiedenen Mängelrechte.⁵⁰⁷ Werden Mängel nicht vor Ablauf der (in der Regel zweijährigen) Frist ab Ablieferung der Kaufsache gerügt, sind die Mängelrechte verwirkt.⁵⁰⁸

5. Keine Freizeichnung

Da die Vorschriften über die Sachmängelgewährleistung dispositives Recht darstellen, ist der Verkäufer überdies nur soweit gewährspflichtig, als die Parteien die Sachmängelgewährleistungsrechte nicht vertraglich abgeändert haben bzw. sich der Verkäufer von der Gewährleistungspflicht freigezeichnet hat. Auf die Möglichkeiten die gesetzliche Gewährleistungsordnung vertraglich abzuändern, wird weiter unten gesondert eingegangen.⁵⁰⁹

IV. Rechtsfolgen

1. Wahlrecht (Art. 205 f. OR)

Sind die allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen der Sachmängelgewährleistung erfüllt, steht dem Käufer die Wahl zwischen verschiedenen Rechtsfolgen offen. Er kann alternativ zwischen dem Recht auf *Wandelung* (Art. 205 und 207 ff. OR) und dem Recht auf *Minderung* (Art. 205 Abs. 2 OR) wählen, im Falle des Gattungskaufs steht dem Käufer ausserdem ein *Ersatzlieferungsrecht* nach Art. 206 Abs. 1 OR zu. Kumulativ zu den Gewährleistungsrechten steht dem Käufer jeweils der Anspruch auf Schadener-

⁵⁰⁵BGer 4A_223/2015 vom 17. August 2015, E. 3.2; BGE 131 III 145, 151 E. 8.1 = Pra 94 (2005) Nr. 50, 395.

⁵⁰⁶BGE 131 III 145, 151 E. 8.1 = Pra 94 (2005) Nr. 50, 395.

⁵⁰⁷Im Detail s.u. S. 133.

⁵⁰⁸BGer 4A_82/2008 vom 29. April 2009, E. 9.; vgl. BGE 130 III 362, 367 E. 4.3 = Pra 94 (2005) Nr. 7, 61; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22.11.1977, ZR 1979, 126 E. 5; GAUCH, N 2295; KOLLER A., OR BT, § 4 N 149; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 369.

⁵⁰⁹Im Detail s.u. S. 147 ff.

satz zu.⁵¹⁰ Häufig vereinbaren die Parteien auch ein Recht auf *Nachbesserung*.⁵¹¹

1.1 Rechtsnatur

Hinsichtlich der *Rechtsnatur* der einzelnen Wahlrechte herrscht Uneinigkeit. Konkret geht es um die Frage, ob es sich bei der Wahl des Käufers um die Ausübung eines *Gestaltungsrechts* handelt, das es ihm ermöglicht, allein durch seinen zum Ausdruck gebrachten Willen das Rechtsverhältnis zu ändern (*Herstellungstheorie*) oder ob es sich lediglich um einen obligatorischen *Anspruch* des Käufers (auf Abschluss eines Wandelungs-/Minderungs-/Nachlieferungs-/Nachbesserungsvertrags) handelt, welcher vom Verkäufer erst anerkannt bzw. durch ein gerichtliches Gestaltungsurteil realisiert werden muss (*modifizierte Vertragstheorie*).⁵¹²

Die Vertreter der *modifizierten Vertragstheorie* betrachten die Willenserklärung des Käufers nicht als konstitutiv wirkend für den Eintritt der Rechtsfolgen.⁵¹³ Vielmehr werde die Rechtslage erst durch das Einverständnis des Verkäufers bzw. – wo dieses nicht vorliegt – durch das richterliche Gestaltungsurteil verändert. Dies folge u.a. schon aus dem in Art. 205 Abs. 2 OR statuierten richterlichen Eingriffsrecht, wonach der Richter auch nach der vom Käufer erklärten Wandelung noch auf die Minderung erkennen könne. Streng genommen müsste der Käufer somit erst ein Gestaltungsurteil erwirken, um sodann in einem zweiten Schritt die Rückleistung und allfällige Ersatzleistungen zu erwirken (*«klassische» Vertragstheorie*). Da dies prozessökonomisch wenig Sinn macht, lassen die Vertreter der modifizierten Vertragstheorie die Klage allerdings direkt auf Rückabwicklung bzw. Minderung zu.⁵¹⁴ Die herrschende Lehre vertritt dagegen die Auffassung, dass es sich bei den Wahlrechten auf Wandelung/Minderung um *Gestaltungsrechte* handelt (*Herstellungstheorie*).⁵¹⁵ Danach wird die gewählte Rechtsfolge

⁵¹⁰KOLLER A., OR BT, § 4 N 124.

⁵¹¹Zum Nachbesserungsrecht s. S. 122 ff.

⁵¹²Dazu ausführlich BK OR-GIGER, Art. 205 N 7 ff. sowie BÄHLER, 109 ff. m.w.H. zum historischen Hintergrund dieses Theorienstreits.

⁵¹³BK OR-GIGER, Art. 205 N 12; ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 N 12 f.; KELLER/SIEHR, 88.

⁵¹⁴BK OR-GIGER, Art. 205 N 13; ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 N 13 ff.

⁵¹⁵CAVIN, 97; BUCHER, OR BT, 99; KOLLER A., OR BT, § 4 N 124; TERCIER/BIERI/CARRON, N 763 ff.; MÜLLER, N 285; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF,

schon durch die Erklärung des Käufers und nicht erst durch den Spruch des Richters herbeigeführt. Ein richterliches Urteil hat höchstens deklaratorischen Charakter, indem beispielsweise die Begründetheit der vom Käufer ausgesprochenen Wandelung im Rahmen der Kaufpreiserückforderung vorfrageweise geprüft wird.⁵¹⁶ Dieser Auffassung ist aus mehreren Gründen zu folgen. Zum einen ist das Wahlrecht bzgl. Wandelung eng mit dem Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR verwandt,⁵¹⁷ welcher unbestritten ein Gestaltungsrecht darstellt.⁵¹⁸ Zum andern wird auch beim Werkvertrag das Wahlrecht hinsichtlich der werkvertraglichen Gewährleistungsfolgen den Gestaltungsrechten zugeordnet.⁵¹⁹ Es existiert m.E. kein Grund warum dies nicht auch beim Kauf der Fall sein sollte. Letztlich spielt auch die Überlegung eine Rolle, warum dem Käufer überhaupt eine Wahl hinsichtlich der Rechtsfolgen zukommt. Die der Sachmängelgewährleistung zugrunde liegende Situation tritt erst deshalb ein, weil der Käufer eine mangelhafte Lieferung des Verkäufers erhält. Letzterer hat es grundsätzlich in der Hand durch Lieferung mangelfreier Ware die Situation gar nicht erst entstehen zu lassen. Kommt es dennoch dazu, soll der Käufer im Ausgleich dazu über das weitere Vorgehen bestimmen dürfen.⁵²⁰ Ginge man im Sinne der modifizierten Vertragstheorie lediglich von einem Anspruch des Käufers aus, den er – sollte ihn der Verkäufer nicht anerkennen – mittels eines entsprechenden Gerichtsurteils durchsetzen müsste, so würde der Käufer unverschuldet einem Prozessrisiko und insbesondere der damit verbundenen zeitlichen Verzögerung ausgesetzt.⁵²¹ Das Wahlrecht ist in Bezug auf die Wandelung folglich als Gestaltungsrecht zu qualifizieren, wobei anzumerken ist, dass aus der ausgeübten

Rz. 389; FURRER R., 64; LÖRTSCHER, 60; SCHUBIGER, 63; BÄHLER, 111 f.; ZELLWEGER, 226 ff.

516BUCHER, OR BT, 99; CHK OR-MÜLLER-CHEN, Art. 205 N 3; CR CO-VENTURI/ZENRUFFINEN, Art. 205 N 2.

517CAVIN, 96 f.; BK OR-GIGER, Art. 205 N 15; BSK OR-HONSELL, Art. 208 N 3; FURRER R., 67; BÄHLER, 111 f.

518BGE 123 III 16, 22 E. 4.b); BK OR-GIGER, Art. 205 N 8; SCHWENZER, N 3.06; BSK OR-WIEGAND, Art. 107 N 14; BUCHER, OR AT; 373 u. 376 Fn. 187, wo der Rücktritt der Wandelung als funktionsgleich beschrieben wird.

519BGer 4A_177/2014 vom 8. September 2014, E. 4.1; BGer 4A_90/2013 vom 10. Juni 2013, E. 4; BGer 4C.130/2006 vom 8. Mai 2007, E. 6.1; BGer 4C.347/2005 vom 13. Februar 2006, E. 4; BGer 4C.106/2005 vom 7. Oktober 2005, E. 3.3; BSK OR-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 368 N 12.

520Gl. A. BÄHLER, 112.

521BÄHLER, 112.

Wahl wiederum vertragliche Forderungen auf Rückgewähr entstehen.⁵²² Dies gilt *mutatis mutandis* auch für die Wahlmöglichkeit der Minderung.⁵²³ Bei der Nacherfüllung, d.h. der Nachlieferung und – wo vereinbart – der Nachbesserung handelt es sich ebenfalls um Gestaltungsrechte,⁵²⁴ wobei aus der einmal ausgeübten Wahl vertragliche Ansprüche auf unentgeltliche Nachlieferung bzw. Reparatur entstehen. Der kumulativ anrufbare Anspruch auf Schadenersatz stellt dagegen eine Forderung dar.⁵²⁵

1.2 Nachträgliche Änderung der getroffenen Wahl

Die Frage, ob der Käufer an seine einmal getätigte Wahl gebunden ist, wird im Gesetz nicht beantwortet. Qualifiziert man die Wahlrechte als Gestaltungsrechte, ist eine spätere Umgestaltung der Rechtslage eigentlich ausgeschlossen, da Gestaltungsrechte im Allgemeinen als unwiderruflich gelten.⁵²⁶ Vom Grundsatz der Unwiderruflichkeit sind jedoch Ausnahmen zu machen, wenn die vom Käufer getroffene Wahl ins Leere läuft, etwa weil der Richter die Wandelung ablehnt (in diesem Fall muss der Käufer von Gattungsware zwischen Minderung und Ersatzleistung wählen dürfen). Entsprechendes muss auch gelten, wenn eine vertraglich vereinbarte Nachbesserung fehlschlägt oder der Verkäufer sich als nicht willens erweist, den Mangel innert angemessener Frist zu beheben.⁵²⁷ In diesem Fall kann der Käufer nach in Anwendung von Art. 107 f. OR auf die Nachbesserung verzichten,⁵²⁸ worauf er die gesetzlichen Wahlrechte wieder erlangt.

⁵²² Vgl. die Regelung im Werkvertragsrecht GAUCH, N 2281.

⁵²³ Gl. A. CHK OR-MÜLLER-CHEN, Art. 205 N 3; KOLLER A., OR BT, § 4 N 124 u. 204; TERCIER/BIERI/CARRON, N 790 f.; CR CO-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 205 N 2.

⁵²⁴ Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK2 10 69 vom 22.3.2011, E. 4.b); gl. A. CHK OR-MÜLLER-CHEN, Art. 205 N 3; vgl. für das Nachbesserungsrecht beim Werkvertrag BGer 4A_90/2013 E. 4; BGE 136 III 273, 274 E. 2.2; CR CO-CHAIX, Art. 368 N 9; KOLLER A., Werkvertrag, § 13 N 619; HUGUENIN, N 3172.

⁵²⁵ KOLLER A., OR BT, § 4 N 124.

⁵²⁶ BGE 136 III 273, 274 E. 2.2 = Pra 99 (2010) Nr. 129, 852; BGE 109 II 40, 41 E. 6.a) = Pra 72 (1983) Nr. 114, 312; KOLLER A., OR BT, § 4 N 214.

⁵²⁷ BGer 4C.126/2002 vom 19.8.2002, E. 1.1; BGE 91 II 344; FURRER R., 65; KOLLER A., OR BT § 4 N 216.

⁵²⁸ BGE 91 II 344, 350 E. 3.a).

2. Das Recht auf Wandelung (und Anspruch auf Schadenersatz)

2.1 Wirkungsweise

Will der Käufer den Kaufvertrag aufgrund eines Sachmangels rückgängig machen, so kann er dem Verkäufer nach Art. 205 Abs. 1 OR die *Wandelung* erklären. Die Parteien haben sodann die bereits erbrachten Leistungen Zug um Zug zurückzuerstatten (vgl. Art. 208 Abs. 1 u. 2 OR).⁵²⁹ Ziel ist es, beide Parteien in den Zustand zurück zu versetzen, der bestünde, wenn die Parteien den Vertrag nie geschlossen hätten (*restitutio in integrum*). Aus dem Zweck von Art. 208 Abs. 2 OR geht hervor, dass dem Käufer durch die Wandelung keine Kosten entstehen sollen.⁵³⁰ Die Rückleistungspflicht des Käufers erschöpft sich daher in der zur Verfügungstellung der Kaufsache an ihrem Lagerort (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Sie ist somit als Holschuld des Verkäufers ausgestaltet, womit auch allfällige Kosten für den Rücktransport vom Verkäufer zu tragen sind.

Nachdem ursprünglich von einer durch die Wandelung ausgelöste *ex tunc*-Aufhebung des Vertragsverhältnisses ausgegangen wurde,⁵³¹ vertritt die herrschende Lehre und auch das Bundesgericht mittlerweile die Auffassung, dass das Schuldverhältnis nicht aufgelöst, sondern in ein *ex nunc*-wirkendes (vertragliches) Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt wird, bei dessen Erfüllung die Parteien so gestellt werden, als hätten sie nie einen Vertrag geschlossen (sog. *Umwandlungstheorie*).⁵³² Damit wird diesbezüglich eine einheitliche Lösung für Wandelung und Rücktritt verwirklicht.⁵³³

Das Wahlrecht der Wandelung wird vom Gesetz insofern eingeschränkt, als der Richter den Käufer auf die Minderung verweisen kann, wenn die vom Käufer erklärte Wandelung im konkreten Fall ungerechtfertigt erscheint (Art. 205 Abs. 2 OR). Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Sache trotz des Mangels nach wie vor «brauchbar» ist und über alle zugesicherten Eigen-

529BSK OR-HONSELL, Art. 208 N 1; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 389.

530BGE 109 II 26, 32 E. 4.a)-,KELLER/SIEHR, 89.

531KELLER/SIEHR, 88; BK OR-GIGER, Art. 208 N 9; FURRER R., 67.

532BGer 4C.60/2002 vom 16. Mai 2002 E. 1.3; BGE 114 II 152, 158 E. 2.c)bb) u. 2.d); BSK OR-HONSELL, Art. 208 N 3; BSK OR-WIEGAND, Art. 109 N 3; Guhl/KOLLER, § 42 N 42; BÄHLER, 120 f.

533BSK OR-WIEGAND, Art. 109 N 5.

schaften verfügt, die Aufrechterhaltung des Vertrags also nicht unzumutbar erscheint.⁵³⁴ Weiter müssen die Unannehmlichkeiten, die dem Verkäufer durch die Auflösung des Vertrags erwachsen, in einem vernünftigen Verhältnis zu den Vorteilen des Käufers stehen.⁵³⁵ Gleiches gilt, wenn die Kaufsache durch Verschulden⁵³⁶ des Käufers untergegangen ist oder der Käufer die Sache weiterveräußert oder umgestaltet hat (Art. 207 Abs. 3 OR). Die weitere Benutzung der Sache in Kenntnis des Mangels gilt zwar nicht als Umgestaltung,⁵³⁷ das Bundesgericht wendete Art. 207 Abs. 3 OR allerdings analog auf den «Weitergebrauch ohne stichhaltigen Grund» an, womit dem Käufer lediglich die Minderung verblieb.

In BGE 105 II 90 (= Pra 68 [1979], 436) lehnte das Bundesgericht die Wandelungsklage der Käuferin eines gebrauchten Porsches mit der Begründung ab, dass sie nach erfolgter Mängelrüge und Wahl des Wandelungsrechts den Wagen unabhängig von den für Expertisen notwendigen Fahrten weiterhin in ihrem eigenen Interesse benutzt und mit ihm noch 3000 km gefahren sei; Nach KOLLER A. ist diese Rechtsprechung allerdings abzulehnen, da der blosser Weitergebrauch nicht dieselbe Rechtsfolge wie die gänzliche Zerstörung oder die Weiterveräußerung der Sache bewirken solle.⁵³⁸

Im Einzelfall kann die Weiterbenutzung gar die konkludente Genehmigung des Mangels zur Folge haben und zum gänzlichen Verwirken der Sachmängelgewährleistungsrechte führen.⁵³⁹

2.2 Schadenersatz neben der Wandelung

Weist die Kaufsache Mängel auf, sind damit nicht selten (Folge-)Schäden verbunden. Neben Sach- oder gar Körperschäden kommen v.a. Nutzungsausfälle in Betracht. Entsprechend gewährt die gesetzliche Gewährleistungsordnung neben den Sachmängelrechten auch Anspruch auf Schadenersatz. Nebst der Wandelung kann der Käufer somit, unabhängig vom Verschulden des

⁵³⁴Vgl. BGE 124 III 456, 461 E. 4.d)aa; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 390.

⁵³⁵BGer 4A_252/2013 vom 2. Oktober 2013, E. 4.; vgl. zum Ganzen auch Guhl-KOLLER, § 42 N 38.

⁵³⁶Unter Verschulden i.S.v. Art. 207 Abs. 3 OR ist jedes Verhalten des Käufers zu verstehen, das eine Rückgabe der Kaufsache verunmöglicht (KOLLER A., OR BT, § 4 N 180 m.w.H.).

⁵³⁷BSK OR-HONSELL, Art. 207 N 2.

⁵³⁸KOLLER A., OR BT, § 4 N 180.

⁵³⁹Urteil des Bezirksgerichts Meilen, ZR 1998, 141; BSK OR-HONSELL, Art. 207 N 2 ff.; KOLLER A., OR BT, § 4 N 184.

Verkäufers, Ersatz des unmittelbar erlittenen Schadens verlangen (Art. 208 Abs. 2 OR). Für die Geltendmachung von weiterem, mittelbarem Schaden ist jedoch ein Verschulden seitens des Verkäufers vorausgesetzt (vgl. Art. 208 Abs. 3 OR).

Was unter mittelbarem bzw. unmittelbarem Schaden zu verstehen ist – und insbesondere, ob Schäden, die nicht an der Kaufsache selbst, sondern durch die Lieferung derselben an anderen Rechtsgütern des Käufers entstehen (sog. Mangelfolgeschäden)⁵⁴⁰, zum unmittelbaren Schaden zählen –, ist umstritten. In BGE 133 III 257 (Mülleramazonen-Papageien) hat das Bundesgericht dem Käufer den Ersatz von Mangelfolgeschäden auch ohne Verschulden des Verkäufers auf Grundlage von Art. 208 Abs. 2 OR zugesprochen. In jenem Fall hatte der Verkäufer Papageien importiert und diese vorschriftsmässig während 90 Tagen in Quarantäne gehalten. Nachdem er die Papageien an den Käufer übergeben hatte, brach bei diesen das Pacheco-Virus aus, worauf der komplette Vogelbestand des Käufers (CHF 2 Mio.) verstarb. Dem Verkäufer war zwar kein Vorwurf zu machen, aber das Bundesgericht subsumierte den Fall unter die Kausalhaftung des Art. 208 Abs. 2 OR, indem es auf die Länge bzw. Intensität der Kausalkette abstellte.⁵⁴¹ Sei diese kurz, sodass durch mangelhafte Ware hervorgerufene Schäden als *direkte Folge* des Mangels erschienen, so sei der Schaden unmittelbar und Art. 208 Abs. 2 OR anwendbar.⁵⁴² Nach anderer Auffassung ist bei der Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden auf den räumlichen Abstand zwischen schädigendem Ereignis und Schadensobjekt abzustellen:⁵⁴³ Danach gehörten zum unmittelbaren Schaden alle nachteiligen Änderungen am verletzten Rechtsgut selbst (z.B. Reparatur- bzw. Wiederbeschaffungskosten, Lager- und Transportkosten, Untersuchungskosten etc.). Alle über das verletzte Rechtsgut hinausgehenden Einbussen im Vermögen des Geschädigten, wozu insbesondere die Mangelfolgeschäden und entgangener Gewinn gehören, seien dagegen zum mittelbaren Schaden zu zählen.⁵⁴⁴ Letztere Auffassung

540BGE 133 III 257, 267 E. 2.5.1.

541BGE 133 III 257, 267 E. 2.5.1.; so auch BUCHER, OR BT, 104 f.; OFTINGER/STARK, § 2 N 26; KELLER/SIEHR, 63 ff., 90; a.A. dagegen BSK OR-HONSELL, Art. 208 N 7 ff.; SCHWENZER, N 22.37; Guhl/KOLLER, § 42 N 40, der unter Verweis auf BGE 79 II 376 mittelbaren Schaden mit positivem Interesse und unmittelbaren Schaden mit negativem Interesse gleichsetzt.

542BGE 133 III 257, 267 E. 2.5.1.; LÖRTSCHER, 61.

543HONSELL, recht 2007, 155 f.; SCHWENZER, N 14.28.

544HONSELL, recht 2007, 155 f.

überzeugt insofern, als die vom Bundesgericht befürwortete verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers für Mangelfolgeschäden nicht so recht in das vom Verschuldensprinzip⁵⁴⁵ geprägte Schadenersatzrecht des OR passt. Auch das Werkvertragsrecht und das Mietrecht kennen den Ersatz für Mangelfolgeschäden nur im Verschuldensfall (vgl. Art. 368 Abs. 1 bzw. Art. 259e OR). Warum dies gerade beim Kauf anders sein soll, lässt sich m.E. nicht erklären.⁵⁴⁶ Dennoch ist, solange die Rechtsprechung des Bundesgerichts Bestand hat, davon auszugehen, dass der Verkäufer für Mangelfolgeschäden auch ohne Verschulden haftet, sofern diese direkt durch die Lieferung mangelhafter Ware verursacht wurden. Zumindest sollte diese «erweiterte» Kausalhaftung des Verkäufers, nur restriktiv angewendet werden, da Schadenersatzansprüche für gewöhnlich ein Verschulden des Vertragspartners voraussetzen.⁵⁴⁷

3. Das Recht auf Minderung (und Anspruch auf Schadenersatz)

3.1 Wirkungsweise

Anstelle der Wandelung steht dem Käufer auch die Möglichkeit offen, am Vertrag fest zu halten und den Ersatz des Minderwerts⁵⁴⁸ vom Verkäufer zu verlangen (Art. 205 Abs. 1 OR). Es handelt sich dabei nicht um einen Schadenersatzanspruch, sondern um eine verhältnismässige Herabsetzung des Kaufpreises zwecks Wiederherstellung des synallagmatischen Gleichgewichts der vereinbarten Leistungen.⁵⁴⁹ Die Minderung ist für den Käufer insofern interessant, als er die Kaufsache behalten darf und einen vertraglichen Anspruch auf Rückgewähr eines Teils des Kaufpreises erhält.⁵⁵⁰ Falls der Käufer den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat, bezeichnet die Minderung eine Herabsetzung des geschuldeten Kaufpreises.⁵⁵¹ Meistens wird der Käu-

⁵⁴⁵SCHWENZER, N 22.01.

⁵⁴⁶HONSELL, recht 2007, 157.

⁵⁴⁷SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 413.

⁵⁴⁸Zur Berechnung des Minderwerts (*relative Methode, Differenzrechnung* oder *Ersatz der Mängelbeseitigungskosten*) s. etwa BSK OR-HONSELL, Art. 205 N 8 f. oder SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 402, je m.w.H.

⁵⁴⁹BGE 85 II 192, 193; CAVIN, 103; KELLER/SIEHR, 92; BK OR-GIGER, Art. 205 N 16; Guhl-KOLLER, § 42 N 35.

⁵⁵⁰SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 401.

⁵⁵¹LÖRTSCHER, 62.

fer den Kaufpreis aber bereits bezahlt haben. In diesem Fall geht die Klage auf Rückzahlung der Differenz zwischen dem geminderten Vertragspreis und dem tatsächlich bezahlten Preis.

Anders als bei der Wandelung verwirkt der Käufer sein Minderungsrecht nicht, wenn er die Sache weiterveräussert oder umgestaltet, da er grundsätzlich am Vertrag festhält (vgl. Art. 207 Abs. 3 OR). Allerdings kann er durch die Umgestaltung in Beweisschwierigkeiten kommen, wenn es darum geht, ob der Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefährübergangs vorhanden war.

Das Wahlrecht der Minderung wird gesetzlich insofern eingeschränkt, als der Käufer ausschliesslich die Wandelung wählen kann, sobald der Minderwert umfangmässig den Betrag des Kaufpreises erreicht (Art. 205 Abs. 3 OR).

3.2 *Schadenersatz neben der Minderung*

Auch neben der Minderung kann der Käufer trotz fehlender gesetzlicher Bestimmung Schadenersatz geltend machen,⁵⁵² wobei sich Lehre und Rechtsprechung darüber uneinig sind, ob sich der Schadenersatzanspruch aus der analogen Anwendung von Art. 208 Abs. 2 (und 3) OR⁵⁵³ oder – wie vom Bundesgericht vertreten – aus Art. 97 Abs. 1 OR herleitet.⁵⁵⁴ Diese Unterscheidung ist insofern von Bedeutung, als die Anwendung von Art. 97 Abs. 1 OR – wie in Art. 208 Abs. 3 OR – den Exkulpationsbeweis zulässt,⁵⁵⁵ während die analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 OR eine dem übrigen Gewährleistungsrecht entsprechende Kausalhaftung des Verkäufers vorsieht, soweit es um den unmittelbaren Schaden geht. Das Bundesgericht argumentiert gegen eine analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 (und 3) OR, dass die Wandelung nur gerade bei krassen Fällen mangelhafter Lieferung zur Anwendung gelangen solle (vgl. Art. 205 Abs. 2 OR), wo es billig erscheine, dem Verkäufer ohne Rücksicht auf sein Verschulden und ohne Exkulpationsmöglichkeit die Haftung für unmittelbaren Schaden zu überbürden. Es sei sinnwidrig, wenn man dieselbe Regel auch im Falle der Minderung anwende,

⁵⁵²SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 403.

⁵⁵³CAVIN, 112 f.; BK OR-GIGER, Art. 208 N 53 ff.; CR CO-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, Art. 208 N 13; TERCIER/BIERI/CARRON, N 809.

⁵⁵⁴S. dazu BGE 133 III 335, 338 f. E. 2.4.1; BGE 107 II 161, 165 f. E. 7.a); BGE 63 II 401, 402 ff. E. 2. u. 404 ff. E. 3.; m.w.H. BSK OR-HONSELL, Vor Art. 197–210 N 6; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 417 ff.

⁵⁵⁵BGE 95 II 119, 125 f. E. 6, BGE 82 II 136, 139 E. 3.a), BGE 63 II 401, 404 E. 3.

wo der Käufer lediglich „zu viel Bezahltes“ zurück erhalte.⁵⁵⁶ Dem ist entgegenzuhalten, dass auch kleine Mängel, welche keine Wandelung rechtfertigen (vgl. Art. 205 Abs. 2 OR), grosse Mangelfolgeschäden nach sich ziehen können. Auch im Sinne gleichwertiger Wahlrechte sollte m.E. der Schadenersatzanspruch bei Wandelung und Minderung gleich ausgestaltet sein. Ansonsten wäre der Käufer, der einen hohen Schaden erlitten hat, faktisch auf die Wahlmöglichkeit der Wandelung beschränkt. Stellt man sich zudem auf den Standpunkt, dass Mangelfolgeschäden ohnehin mittelbaren Schaden darstellen, steht dem Verkäufer auch bei analoger Anwendung von Art. 208 Abs. 2 (und 3) OR beim Ersatz von Mangelfolgeschäden der Exkulpationsbeweis offen.

Mit Blick auf die Verjährung macht es im Übrigen keinen Unterschied, ob der Schadenersatz neben der Minderung auf Grundlage von Art. 97 Abs. 1 OR oder in Analogie zu Art. 208 Abs. 2 und 3 OR gewährt wird. Das Bundesgericht hat die Alternativität der Haftung aus Art. 97 Abs. 1 OR dahingehend eingeschränkt, als der Käufer in beiden Fällen die Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten nach Art. 201 OR sowie die Verjährungsfristen des Art. 210 OR zu berücksichtigen hat.⁵⁵⁷

4. Das Recht auf Ersatzlieferung (und Anspruch auf Schadenersatz)

4.1 Wirkungsweise

Das Ersatzlieferungsrecht findet nur im Bereich des Gattungskaufs Anwendung. Art. 206 OR statuiert neben den bereits genannten Wahlmöglichkeiten Wandelung und Minderung eine zusätzliche Option auf Ersatzlieferung. Danach kann der Käufer anstelle der mangelhaften Sache andere wahrhaftige Ware derselben Gattung fordern (Art. 206 Abs. 1 OR). Im Übrigen unterliegt das Recht auf Ersatzlieferung aber den allgemeinen Voraussetzungen der Sachmängelgewährleistung, womit insbesondere die Art. 201 und 210 OR anwendbar sind.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶BGE 63 II 401, 404 E. 3.

⁵⁵⁷BGE 133 III 335, 339 E. 2.4.1; BGE 114 II 131, 134 E. 1.a); BGE 107 II 419, 421 E. 1; BGE 90 II 86, 87 f. E. 1; BGE 58 II 207, 210 ff. E. 1 u. 2; BGE 63 II 401, 404 E. 3.

⁵⁵⁸BSK OR-HONSELL, Art. 206 N 1; SCHWENZER, N 68.02; KELLER/SIEHR, 94 f.

Die Wahlrechte des Gattungskäufers erfahren beim *Platzkauf* («Wenn die Sachen dem Käufer nicht von einem andern Orte her zugesandt worden sind [...]») insofern eine Einschränkung, als das Recht auf Ersatzlieferung hier auch von Seiten des Verkäufers geltend gemacht werden kann, sofern er die mangelhafte Gattungssache *sofort* durch Nachlieferung einer Sache derselben Gattung ersetzt (Art. 206 Abs. 2 OR). Nutzt der Verkäufer diese letzte Chance, kann der Käufer von seinem Wahlrecht (auf Wandelung/Minderung) keinen Gebrauch machen.⁵⁵⁹ Die herrschende Lehre bejaht das Ersatzlieferungsrecht auch beim Distanzkauf, sofern diese sofort erfolgt und der Verkäufer die Transportgefahr und -kosten trägt.⁵⁶⁰

In BGer 4C.395/2001 vom 28. Mai 2002, E. 2.3, wurde eine Befreiungsmöglichkeit des Verkäufers durch Ersatzlieferung beim Distanzkauf zwar im Grundsatz erwogen, im vorliegenden Fall aber mangels konkreter Nachlieferung verworfen.

Misslingt die Ersatzlieferung mangelfreier Ware, hat der Verkäufer sein Ersatzlieferungsrecht verwirkt, womit dem Käufer die Wahlmöglichkeiten i.S.v. Art. 205 f. OR – also inklusive des ihm zustehenden Ersatzlieferungsrechts – offenstehen.⁵⁶¹

4.2 Schadenersatz neben der Ersatzlieferung

Eine Schadenersatzpflicht des Verkäufers muss auch dort bestehen, wo Ersatzlieferung gefordert wird. Da die Wahl des Ersatzlieferungsrechts gleich wie das Recht auf Kaufpreisminderung von einem grundsätzlichen Festhalten am Vertrag ausgeht, sollten auch die Regeln hinsichtlich Schadenersatz in gleichem Umfang – nach der hier vertretenen Auffassung analog Art. 208 Abs 2 und 3 OR – zur Anwendung gelangen.⁵⁶²

5. Das Recht auf Nachbesserung

5.1 Kein gesetzliches Nachbesserungsrecht

Ein gesetzliches *Nachbesserungsrecht* des Käufers – wie es z.B. das deutsche Recht kennt (§ 439 BGB) – gibt es in der Schweiz nur im Bereich der

⁵⁵⁹BSK OR-HONSELL, Art. 206 N 1; BÄHLER, 77.

⁵⁶⁰BSK OR-HONSELL, Art. 206 N 1; BK OR-GIGER, Art. 206 N 19 ff.; BUCHER, OR BT, 117; BÄHLER, 78 m.w.H.

⁵⁶¹BK OR-GIGER, Art. 206 N 24; BÄHLER, 77.

⁵⁶²BK OR-BECKER, Art. 206 N 4; KELLER/SIEHR, 96; LÖRTSCHER, 63.

Werkmängelhaftung (Art. 368 Abs. 2 OR), nicht hingegen für den Käufer.⁵⁶³ Teilweise wird eine analoge Anwendung des werkvertraglichen Nachbesserungsrechts (Art. 368 Abs. 2 OR) befürwortet.⁵⁶⁴ Andere Autoren leiten ein Nachbesserungsrecht aus Art. 2 ZGB ab.⁵⁶⁵ Tatsache ist jedoch, dass die Rechtsprechung bis anhin ein gesetzliches Nachbesserungsrecht des Käufers stets abgelehnt hat.⁵⁶⁶

Es steht den Parteien allerdings frei, ein Nachbesserungsrecht in ihrem Kaufvertrag zu vereinbaren.⁵⁶⁷ Häufig werden die gesetzlichen Sachmängelgewährleistungsrechte (Wandelung/Minderung) zugunsten eines Nachbesserungsrechts wegbedungen.⁵⁶⁸

5.2 Wirkungsweise

Wird ein vereinbartes Nachbesserungsrecht ausgeübt, lässt dies einen vertraglichen Anspruch auf unentgeltliche Aus- bzw. Verbesserung der mangelhaften Kaufsache (Mängelbeseitigung) zwecks nachträglicher Erwirkung des vertragsgemässen Zustands der Kaufsache (Realerfüllung) entstehen.⁵⁶⁹

Schlägt die Mängelbeseitigung fehl – etwa weil sie dem Verkäufer misslingt, er sie verweigert oder ungebührlich verzögert, aber auch, wenn sie sich als unmöglich herausstellt –, darf der Käufer nicht rechtlos gelassen werden. In einem solchen Fall, wo das Nachbesserungsrecht ins Leere läuft, sollten daher die gesetzlichen Sachmängelgewährleistungsrechte wieder aufleben.⁵⁷⁰

563BSK OR-HONSELL, Art. 205 N 5 m.w.H. zum historischen Hintergrund; CAVIN, 96; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 385; KOLLER A., OR BT, § 4 N 125.

564BK OR-GIGER, Art. 205 N 42; BÄHLER, 101 ff.

565BUCHER, OR BT, 97; FURRER R., 74.

566BGE 91 II 344, 348 E. 2.a); BGE 95 II 119, 125 f. E. 6; Urteil des Kantonsgerichts Graubünden ZK2 12 15 vom 19.9.2012, E. 3.c)bb); Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 12.2.1988, E. 6.c) = ZWR 1989, 318; zuletzt offengelassen in BGE 124 III 456, 460 E. 4.b)bb).

567Vgl. BGE 95 II 119, 125 f. E. 6.; BSK OR-HONSELL, Art. 205 N 5.

568Zur Zulässigkeit solcher Regelungen s.u. S. 164 ff.

569Vgl. den Nachbesserungsbegriff beim Werkvertrag: BSK OR-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 368 N 53.

570Gl. A. KOLLER A., OR BT, § 4 N 216; vgl. das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Oktober 1955, ZR 1958, 113 E. 2.; vgl. ferner aus der dt. Rechtsprechung BGH vom 29.10.1956 – II ZR 79/55 = NJW 1957, 17, 18.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten für die Durchsetzung eines Nachbesserungsanspruchs die allgemeinen Bestimmungen von Art. 97 ff. OR über die Erfüllung.⁵⁷¹ Die Aufforderung zur Nachbesserung gilt dabei als Mahnung i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR und setzt den Verkäufer in den Schuldnerverzug.⁵⁷² Schlägt die Nachbesserung fehl, fehlt es nach wie vor an einer vertragskonformen Erfüllung und der Schuldner bleibt im Verzug. Der Gläubiger kann ihm sodann unter Ansetzung einer angemessenen Frist den Rücktritt nach Art. 107 OR androhen. Ist diese Frist ergebnislos verstrichen, kann der Gläubiger vom seinem vertraglich vereinbarten Nachbesserungsanspruch nach Art. 107 Abs. 2 OR zurücktreten, worauf die gesetzlichen Gewährleistungsrechte wieder aufleben.⁵⁷³ Wie viele Nachbesserungsversuche dem Verkäufer gewährt werden müssen, lässt sich nicht pauschal festlegen, sondern muss im Einzelfall nach den Grundsätzen von Treu und Glauben beurteilt werden.⁵⁷⁴ Die Schweizer Lehre geht grundsätzlich von zwei fehlgeschlagenen Nachbesserungsversuchen aus.⁵⁷⁵

Vom Nachbesserungsrecht des Käufers ist ein auf Art. 2 ZGB basierendes Nachbesserungsrecht des Verkäufers zur Beseitigung kleinerer Mängel zu unterscheiden.⁵⁷⁶ Eine Weigerung des Käufers gegen eine für ihn mit keinerlei Nachteilen verbundene Ausbesserung kleiner Mängel – insbesondere vor Übergabe der Kaufsache – wäre rechtsmissbräuchlich.

5.3 *Schadenersatz neben der Nachbesserung*

Im Unterschied zu den gesetzlichen Sachmängelgewährleistungsrechten, wo der Verkäufer auch ohne Verschulden für Mangelfolgeschäden haftet, sofern diese als direkte Folge des Mangels erscheinen,⁵⁷⁷ besteht bei einem vertraglich vereinbarten Nachbesserungsrecht ein Anspruch auf Schadenersatz

⁵⁷¹BGE 91 II 344, 350 E. 3.a).

⁵⁷²BGE 91 II 344, 351 E. 3.b).

⁵⁷³BGE 91 II 344, 351 E. 3.b); ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 N 362; KOLLER A., OR BT, § 4 N 216; HONSELL, OR BT, 101; vgl. für das dt. Recht ferner OLG Köln vom 23.3.1995 – 19 W 5/95 = NJW-RR 1996, 1463.

⁵⁷⁴Vgl. BGE 91 II 344, 350 E. 2.e), wo das Bundesgericht beim Kauf eines mangelhaften Neuwagens vier misslungene Nachbesserungsversuche über einen Zeitraum von fünf Wochen als unzumutbar befunden hat.

⁵⁷⁵ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 N 362; HONSELL, OR BT, 101 f.

⁵⁷⁶BSK OR-HONSELL, Art. 205 N 6; BK OR-GIGER, Art. 205 N 43; ferner BUCHER, OR BT, 97.

⁵⁷⁷BGE 133 III 257 (Mülleramazonen-Papageien); m.w.H. und krit. Anmerkungen s.o. S. 118 f.

grundsätzlich nur bei Verschulden (Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 103 OR), sofern nichts anderes vereinbart wurde.

V. Alternative Rechtsbehelfe zur Sachmängelgewährleistung

1. Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung

Alternativ zu den Sachmängelgewährleistungsrechten nach Art. 197 ff. OR lässt das Bundesgericht die Klage auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung nach Art. 97 ff. OR zu.⁵⁷⁸ Voraussetzung ist hier jedoch ein Verschulden des Verkäufers, welches sich auf die Kenntnis bzw. die fahrlässige Unkenntnis des Sachmangels bezieht.⁵⁷⁹ Allerdings gelten auch bei der Klage aus positiver Vertragsverletzung die strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten nach Art. 201 OR sowie die kurze Verjährungsfrist des Art. 210 OR. Dies wird vom Bundesgericht mit dem Interesse, an der Verkehrs- und Rechtssicherheit bald nach der Ablieferung der Kaufsache eine klare Rechtslage zu schaffen, begründet.⁵⁸⁰

Man kann sich die Frage stellen, warum die Regeln der Sachmängelgewährleistung nicht exklusiv zur Anwendung kommen, so wie es auch beim Werkvertragsrecht der Fall ist. Eine Berufung auf die positive Vertragsverletzung bringt für den Käufer aufgrund der vorgenannten Einschränkung des Bundesgerichts keinen merklichen Vorteil, zumal der Verkäufer ihm nach Art. 208 Abs. 2 OR für unmittelbaren Schaden sogar kausal haftet.⁵⁸¹

Solange das Bundesgericht jedoch von Alternativität ausgeht, sollte sich eine vertragliche Freizeichnung von der Sachmängelgewährleistung konsequenterweise auch auf die Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung erstrecken, da der Käufer mit Annahme der Freizeichnungsklausel zum Ausdruck bringt, dass die Qualität oder die Tauglichkeit der Kaufsache zum vorausgesetzten Gebrauch für ihn keine Haftungsgrundlage bilden. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass eine Verabredung, wonach die Haf-

578 BGE 133 III 335, 337 E. 2.1; BGE 108 II 102, 104 E. 2.a); BGE 107 II 419, 421 E. 1;

579 BGE 107 II 161, 166 E. 7.a); BSK OR-HONSELL, Vor Art. 197–210 N 6.

580 BGE 133 III 335, 340 f. E. 2.4.4; BGE 107 II 419, 421 E. 1; BGE 107 II 161, 166 E. 7.a); BGE 88 II 364, 365 E. 2; s.a. BÄHLER, 158 ff. m.w.H.

581 BGE 100 II 30, 32 f. E. 2.; gl.A. KOLLER A., OR BT, § 4 N 228; CHK OR-MÜLLER-CHEN, Art. 197 N 7 m.w.Verw.

tung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen sein würde, ohnehin nichtig wäre (Art. 100 Abs. 1 OR).⁵⁸² Die Frage reduziert sich damit auf leichtes Verschulden des Verkäufers.

2. Irrtumsanfechtung

2.1 Grundlagenirrtum beim Speziaeskauf

Irrt der Käufer über das Vorliegen eines Sachmangels kann er gemäss bundesgerichtlicher Praxis bei mangelhaften Speziessachen⁵⁸³ den Vertrag zudem wegen Grundlagenirrtums i.S.v. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR – anfechten.⁵⁸⁴ Dazu muss er nachweisen, dass er im Moment des Vertragsschlusses über eine wesentliche Eigenschaft der Kaufsache irrte und dieser Irrtum hinsichtlich des Vertragsabschlusses kausal war. In zeitlicher Hinsicht wird lediglich die rechtzeitige Erklärung des Irrtums vorausgesetzt.⁵⁸⁵ Die Alternativität von Irrtumsanfechtung und Sachmängelgewährleistung ist insofern brisant, als die einjährige Frist zur Geltendmachung des Irrtums erst mit Entdeckung des Irrtums zu laufen beginnt (Art. 31 Abs. 1 und 2 OR).⁵⁸⁶ Bei der Irrtumsanfechtung handelt es sich um einen *relativen Fristbeginn*, im Gegensatz zum Sachmängelgewährleistungsrecht, wo eine absolute Frist mit Ablieferung der Kaufsache zu laufen beginnt. Prüfungs- und Rügeobliegenheiten, wie sie das Sachmängelgewährleistungsrecht kennt, bestehen bei der Irrtumsanfechtung nicht.⁵⁸⁷ Die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung hebt somit die strengen Voraussetzungen der Sachmängelgewährleistung aus (vgl. Art. 201 und 210 Abs. 1 OR).

582S.u. S. 151 f.

583Beim Gattungskauf stellt sich die Frage nur dann, wenn die gesamte Gattung mangelhaft ist, sich also der Irrtum auf eine Eigenschaft der ganzen Gattung bezieht. Ansonsten liegt kein Irrtum vor, sondern nur mangelhafte Lieferung (m.w.H. BSK OR-HONSELL, Vor Art. 197–210 N 9; KOLLER A., OR BT, § 4 N 265).

584BGE 114 II 131, 134 E. 1; BGE 109 II 319, 322 E. 2; BGE 82 II 411, 420 ff. E. 6.

585ARNET, AJP 2000, 1165.

586Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist (BGE 114 II 131, 141 E. 2.b); BGer 4C.37/2007 vom 11. Oktober 2007 E. 3.).

587ARNET, AJP 2000, 1165; Nach HONSELL spreche gegen die Normenkonkurrenz schon die Tatsache, dass das Gesetz die strengen Anforderungen des Art. 201 OR ausdrücklich nur bei Arglist entfallen lasse und nicht schon bei Irrtum (SJZ 2007, 138).

2.2 Kritik an der alternativen Irrtumsanfechtung

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts wird von weiten Teilen der Lehre kritisiert.⁵⁸⁸ Insbesondere HONSELL hebt hervor, dass der Anwendungsbereich des Grundlagenirrtums in Gestalt des Eigenschaftsirrtums, jenen der Sachmängelhaftung bei wesentlichen Mängeln vollständig überlagere und dem Sachmängelgewährleistungsrecht somit kein eigenständiger Anwendungsbereich mehr verbleibe.⁵⁸⁹ Da die Rechtsfolgen von Sachmängelgewährleistung und Irrtum verschieden seien, müsse die Sachmängelhaftung nach dem Grundsatz *lex speciali derogat legi generali* die Irrtumsanfechtung verdrängen.⁵⁹⁰ Das Bundesgericht und mit ihm die Befürworter der alternativen Irrtumsanfechtung argumentieren dagegen, dass die Rechtsbehelfe aus Sachmängelgewährleistung und Irrtum auf verschiedenen Grundlagen beruhen und daher nebeneinander zuzulassen seien.⁵⁹¹ Dem ist insoweit zuzustimmen, als sich der Irrtum systematisch auf den Moment des Vertragsschlusses bezieht, während die Sachmängelgewährleistung auf der Ebene der Vertragserfüllung gründet. Allerdings ist auch HONSELL zuzustimmen, dass beide Rechtsbehelfe den gleichen Lebenssachverhalt mit unterschiedlichen Rechtsfolgen verknüpfen.⁵⁹²

2.3 Kumulation, Alternativität oder Exklusivität?

Sieht das Gesetz für einen Sachverhalt mehrere Tatbestände bzw. Rechtsfolgen vor, stellt sich die Frage, wie diese bzw. die aus den jeweiligen Rechtsfolgen entstehenden Ansprüche zueinander stehen. Es kann hier grundsätzlich zwischen *Kumulation*, *Alternativität* und *Exklusivität* unterschieden werden.⁵⁹³

588Neben vielen MERZ, FS Guhl, 85 ff.; HONSELL, SJZ 2007, 137 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 807; SCHWENZER, N 39.39 ff.; BSK OR-HONSELL, Vor Art. 197–210 N 9 m.w.Verw.; a.A. etwa BK OR-GIGER, Vorbem. zu Art. 197–210 N 61 ff.; BUCHER, OR BT, 109 f.; KELLER/SIEHR, 107 ff.

589HONSELL, SJZ 2007, 138.

590HONSELL, SJZ 2007, 139.

591BGE 114 II 131, 136 E. 1.b); BGE 82 II 411, 421 E. 6.c); BUCHER, OR BT, 109; BK OR-GIGER, Vorbem. zu Art. 197–210 N 62 ff.; KELLER/SIEHR, 108 f.

592HONSELL, SJZ 2007, 139.

593MERZ, FS Guhl, 90; MAUCHLE, AJP 2012, 937 ff. m.w.H.

a Keine Kumulation

Eine kumulative Anwendung von Normen ist angezeigt, wenn beide Rechtsfolgen uneingeschränkt nebeneinander anwendbar sind. Dies ist der Fall, wenn der jeweilige Anwendungsbereich der Normen vollständig unterschiedlich ist oder die Ansprüche verschiedene Interessen zum Ziel haben, die sich nicht gegenseitig ausschließen.⁵⁹⁴ Sowohl die Irrtumsanfechtung als auch die Wandelung verfolgen allerdings ein gleichgerichtetes Interesse, nämlich die Aufhebung des Kaufvertrags. Minderung und Nachlieferung verfolgen zwar ein anderes Interesse (Festhalten am Vertrag), welches aber im Widerspruch zur Irrtumsanfechtung steht. Folglich ist die kumulative Anwendung von Irrtumsanfechtung und Sachmängelgewährleistung ausgeschlossen.⁵⁹⁵ Es bleibt also bei der Frage, ob Ansprüche aus Irrtum und Sachmängelgewährleistung alternativ anwendbar sind oder ob die Regeln der Sachmängelgewährleistung exklusiv zur Anwendung gelangen.

b Exklusive Anwendbarkeit der Sachmängelgewährleistungsvorschriften

Die exklusive Anwendung einer Norm ist grundsätzlich immer dann angezeigt, wenn eine alternativ zur Anwendung gelangende Norm eine Umgehung der ersteren bewirkt (sog. *Theorie der Zweckvereitelung*).⁵⁹⁶ Bezogen auf die Gewährleistungsvorschriften bedeutet dies, dass eine exklusive Anwendung dieser Vorschriften gegenüber den Regeln des Irrtums dann angezeigt ist, wenn eine mit den Vorschriften der Sachmängelgewährleistung bezweckte Einschränkung der Rechtsstellung des Käufers mittels Anwendung der Irrtumsregeln umgangen würde.⁵⁹⁷ Die Sachmängelgewährleistung setzt voraus, dass der Käufer den strengen Untersuchungs- und Rügeobligationen nachgekommen ist und die aus den jeweiligen Wahlrechten entspringenden Ansprüche innerhalb der kurzen Verjährungsfrist geltend macht. Zweck dieser Beschränkungen ist, wie vom Bundesgericht selbst vertreten, möglichst rasch nach der Ablieferung der Kaufsache eine klare Rechtslage zu schaffen.⁵⁹⁸ Lässt man alternativ die Irrtumsanfechtung zu, wird dieser Zweck vereitelt, da der Käufer den Vertrag auch nach Ablauf der zweijähri-

⁵⁹⁴MERZ, FS Guhl, 92; MAUCHLE, AJP 2012, 937.

⁵⁹⁵MERZ, FS Guhl, 93.

⁵⁹⁶MAUCHLE, AJP 2012, 946.

⁵⁹⁷MERZ, FS Guhl, 94.

⁵⁹⁸S.o. Fn. 580.

gen Verjährungsfrist von Art. 210 OR noch aufheben lassen kann. Wenn das Bundesgericht von einer alternativen Anwendung der Irrtumsregeln ausgeht, widerspricht es im Grunde auch der selbst getroffenen Lösung in der Konkurrenzfrage zwischen Sachmängelgewährleistung und positiver Vertragsverletzung. Dort nimmt das Bundesgericht ebenfalls Alternativität an, beschränkt aber die Haftung nach Art. 97 Abs. 1 OR, indem es auch bei der Klage aus positiver Vertragsverletzung die strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten nach Art. 201 OR sowie die kurze Verjährungsfrist des Art. 210 OR zur Anwendung kommen lässt. Dies *nota bene* mit dem Argument der Verhinderung der Zweckvereitelung.⁵⁹⁹ Warum die Verhinderung der Zweckvereitelung in Bezug auf die Konkurrenzproblematik zwischen Sachmängelgewährleistung und Irrtumsregeln keine Rolle spielen soll, lässt sich m.E. nicht erklären. Ein weiteres Argument gegen die Alternativität der Irrtumsanfechtung liegt in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Sachmängelgewährleistung beim Viehkauf, wo das Bundesgericht die Möglichkeit der alternativen Irrtumsanfechtung ausgeschlossen hat.⁶⁰⁰ Ferner ergibt sich ein Problem, wenn der Käufer die Mängel bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen. Gemäss Art. 200 Abs. 2 OR haftet der Verkäufer in diesem Fall nur für zugesicherte Eigenschaften. Die Irrtumsanfechtung ist bei Fahrlässigkeit hingegen nicht ausgeschlossen, sondern hat lediglich zu Folge, dass der irrende Käufer in Anwendung von Art. 26 Abs. 1 OR dem Verkäufer das negative Interesse ersetzen muss.⁶⁰¹

2.4 *Kein ius variandi*

Folgt man mit dem Bundesgericht der Ansicht, dass bei mangelhaften Speziessachen alternativ die Anfechtung wegen Irrtums möglich ist, müsste sich der Käufer zumindest auf den einmal gefällten Entscheid behaften lassen. Wählt er einen Rechtsbehelf der Sachmängelgewährleistung, geht damit automatisch die Genehmigung des Vertrags einher, womit eine spätere Berufung auf Irrtum widersprüchlich wäre.⁶⁰²

⁵⁹⁹BGE 133 III 335, 340 f. E. 2.4.4.

⁶⁰⁰BGE 111 II 67, 70 f. E. 3; BGE 70 II 48, 50 E. 1; HONSELL, SJZ 2007, 139 m.w.H.

⁶⁰¹HONSELL, SJZ 2007, 138.

⁶⁰²BGE 127 III 83, 86 E. 1.b); SCHWENZER, N 39.40.

2.5 *Keine Irrtumsanfechtung bei gültiger Freizeichnungsklausel*

Eine vertragliche Freizeichnung von der Sachmängelgewährleistung muss sich konsequenterweise auch auf die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung erstrecken, da der Käufer mit Annahme der Freizeichnungsklausel zum Ausdruck bringt, dass die Qualität oder die Tauglichkeit der Kaufsache zum vorausgesetzten Gebrauch für ihn keine notwendige Grundlage für den Abschluss des Kaufvertrages bilden.⁶⁰³ Er kann deshalb diese Eigenschaften nach Treu und Glauben auch nicht mehr als ein notwendiges Element des Kaufvertrages betrachten und entsprechend einen Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR geltend machen, wenn später ein Mangel auftritt, der von einer gültigen Freizeichnungsklausel erfasst wird. Nach BGE 91 II 275 verbieten Vertragsbestimmungen, welche die Gewährspflicht weder allgemein noch hinsichtlich bestimmter Eigenschaften der Kaufsache aufheben, sondern sie nur zeitlich oder inhaltlich (mit Bezug auf die Ansprüche des Käufers) beschränken, dem Käufer dagegen nicht, das Vorliegen gewisser Eigenschaften als Vertragsgrundlage anzusehen und sich, wenn er mit der Annahme ihres Bestehens irrte, innert der Jahresfrist von Art. 31 OR wegen Grundlagenirrtums vom Verträge loszusagen.

3. Schadenersatz aus unerlaubter Handlung

Ansprüche aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) bestehen nach der herrschenden Lehre unabhängig von Art. 197 ff. OR.⁶⁰⁴ Eine deliktische Haftung setzt voraus, dass die dem Verkäufer zur Last gelegte Vertragsverletzung auch einen Verstoß gegen ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung darstellt, indem sie Leib und Leben oder andere Rechtsgüter des Käufers oder Dritter unnötig gefährdet.⁶⁰⁵ Ob sich eine Verletzung der Rügeobliegenheit, welche zum Verlust der Sachmängelgewährleistungsrechte führt, auch auf den Bestand der deliktsrechtlichen Ansprüche auswirkt, ist umstritten. Während das Bundesgericht in BGE 64 II 254 (mangelhaft reparierter Steigurt) einen Deliktsanspruch trotz versäumter Rüge gewährte, lehnte es diesen in BGE 67 II 132 (falsch punzierte Golduhr) ab. In der Lehre wird eine

603 BGE 91 II 275, 279 E. 2.b); HUGUENIN, N 2645a.

604 KOLLER A., OR BT, § 4 N 230; BSK OR-HONSELL, Vor Art. 197–210 N 7.

605 BGE 90 II 86, 88 E. 2.; KOLLER A., OR BT, § 4 N 230.

Übernahme gewährleistungsrechtlicher Voraussetzungen auf die deliktische Haftung mehrheitlich abgelehnt.⁶⁰⁶

4. Haftung aus Produkthaftungspflicht

Auch eine Haftung des Verkäufers nach dem Produkthaftungspflichtgesetz ist möglich, sofern er als Hersteller im Sinne des Gesetzes gilt (Art. 2 PrHG). Dies ist etwa der Fall, wenn der Verkäufer die Kaufsache selber produziert oder aber im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit importiert hat. Das PrHG verdrängt konkurrierende Ansprüche Schadenersatzansprüche des Obligationenrechts nicht (Art. 11 Abs. 2 PrHG). Allerdings sind Schäden am Produkt selbst von der Anwendung des Gesetzes ausgeschlossen (Art. 1 Abs. 2 PrHG). Eine Konkurrenz besteht folglich nur dort, wo dem Käufer aufgrund des fehlerhaften Produkts Mangelfolgeschäden entstanden sind (Art. 1 Abs. 1 lit. a und b PrHG). Für diese haftet der Hersteller nach dem Produkthaftungspflichtgesetz allerdings verschuldensunabhängig. Eine Vereinbarung, welche die Haftpflicht gegenüber dem Geschädigten beschränkt oder gar ausschliesst, ist nichtig (Art. 8 PrHG).⁶⁰⁷

VI. Die Verjährung von Ansprüchen aus Sachmängelgewährleistung

1. Grundsätzliches zum Thema Verjährung

1.1 Bedeutung

Verjährung bedeutet im Wesentlichen die «Entkräftung einer Forderung durch Zeitablauf».⁶⁰⁸ Nach schweizerischem Recht handelt es sich dabei um ein materiell-rechtliches Institut.⁶⁰⁹ Die Wirkung der Verjährung beschlägt nicht den Bestand der Forderung an sich, sondern allein deren *rechtliche*

606BSK OR-HONSELL, Vor Art. 197–210 N 7; CHK OR-MÜLLER-CHEN, Art. 197 N 11, je m.w.Verw.

607BORSARI, 217 ff. m.w.H.

608KOLLER A., OR AT, § 67 N 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 3269; SCHWENZER, N 83.01; vgl. ferner auch OR 2020-THOUVENIN/PURTSCHERT, Art. 148 N 1 f.

609BGE 118 II 447, 450 E. 1.bb) = Pra 83 (1994) Nr. 120, 405.

Durchsetzbarkeit,⁶¹⁰ die Forderung wird mit anderen Worten zur *Naturalobligation*.⁶¹¹ Damit kann sie vom Schuldner zwar immer noch erfüllt werden,⁶¹² ihre Klagbarkeit ist hingegen nur noch beschränkt möglich.⁶¹³ Klagt der Gläubiger eine verjährte Forderung ein, kann der Schuldner ihm die Einrede der Verjährung entgegenhalten. Macht der Schuldner von der Einrede erfolgreich Gebrauch, so ist die Klage in der Sache selbst als unbegründet abzuweisen.⁶¹⁴ Das Gericht darf hingegen nicht von Amtes wegen prüfen, ob eine Forderung bereits verjährt ist (Art. 142 OR). Das Institut der Verjährung stellt insofern eine Ausnahme des *allgemeinen Prinzips der Vertragstreue* dar, wird doch dem Schuldner aufgrund «blossen» Zeitablaufs ermöglicht, eine einmal eingegangene Verpflichtung nicht mehr erfüllen zu müssen.⁶¹⁵

1.2 Zweck

Der Zweck der Verjährung liegt historisch betrachtet primär in der Herstellung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden, ferner auch im Schuldnerschutz,⁶¹⁶ wobei sich diese Priorisierung in der jüngeren Vergangenheit zunehmend gedreht hat.⁶¹⁷ So soll der Schuldner vor einer *Beweisnot* geschützt werden, wenn der Gläubiger eine vor langer Zeit entstandene Forderung einklagt, die der Schuldner bereits erfüllt hatte.⁶¹⁸ Zudem ist der Schuldner, der sich mit einer strittigen Forderung konfrontiert sieht, so lange in seiner Dispositionsfreiheit eingeschränkt, bis er sie *nolens volens* erfüllt oder die Forderung verjährt ist, da er während dieser Zeitspanne immer damit rechnen muss, dass der Gläubiger die Forderung noch gerichtlich durchsetzen wird. Für den Gläubiger soll die Verjährung deshalb auch ein Ansporn sein, seine Rechtsbeziehungen zu klären, indem er seine Rechte in vernünftiger Frist

610BGE 133 III 6, 26 E. 5.3.4 = Pra 96 (2007) Nr. 104, 703; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 3276; insofern ist die Verjährung von der *Verwirkung* zu unterscheiden, die den Untergang eines Rechts bewirkt.

611KOLLER A., OR AT, § 67 N 23; DERS., OR AT, § 2 N 2 verwendet auch den Begriff «*unvollkommene Obligation*».

612Nach Art. 63 Abs. 2 OR kann die unabsichtliche (freiwillige) Zahlung einer verjährten Schuld denn auch nicht zurückgefordert werden.

613KOLLER A., OR AT, § 67 N 24.

614BGE 118 II 447, 450 E. 1.b)bb) = Pra 83 (1994) Nr. 120, 405; BERGER, N 1430.

615BERGER, N 1432.

616Vgl. SAVIGNY, System V, 267 ff.

617Vgl. BGE 137 III 16, 18 E. 2.1; KOLLER A., OR AT, § 67 N 6; SCHWENZER, N 83.06.

618SAVIGNY, System V, 268 f., der als Beispiel eine abhandengekommene Quittung nennt.

gegenüber dem Schuldner geltend macht und die Austragung von gerichtlichen Streitigkeiten nicht beliebig lange hinaus zögert.⁶¹⁹ Schliesslich bewirkt das Institut der Verjährung auch eine Entlastung der Rechtspflege, da es die Gerichte davor bewahrt, lange zurückliegende Vorgänge mit u.U. undurchsichtiger Beweislage beurteilen zu müssen.⁶²⁰

1.3 Voraussetzungen

Damit Verjährung eintritt, müssen zwei Voraussetzungen gegeben sein. Zum einen muss es sich um eine *verjährbare Forderung* handeln, zum andern muss die dafür vorgesehene *Verjährungsfrist* abgelaufen sein.

a Verjährbare Forderung

Als verjährbare Forderungen gelten mit wenigen Ausnahmen grundsätzlich alle obligatorischen Ansprüche – also auch die aus der Sachmängelgewährleistung entstehenden Ansprüche.⁶²¹

Die Sachmängelgewährleistungsrechte selbst unterliegen dagegen nicht der Verjährung, sondern verirken, sofern sie nicht rechtzeitig gerügt werden. Als Gestaltungsrechte, welche durch einseitige Willensäusserung ausgeübt werden, wird ihre Rechtswirkung allein durch den Berechtigten herbeigeführt, ohne dass es auf den Willen des Gestaltungsgegners ankommt. Folglich ist die zentrale Vorstellung des Instituts der Verjährung, das Recht könne gegen den Willen des Gegners nicht mehr klageweise durchgesetzt werden, hier fehl am Platz. Verjähren können dagegen die Forderungen, die aus der Ausübung von Gestaltungsrechten entstehen – im Bereich der Sachmängelgewährleistung etwa die Ansprüche auf Rückgewähr oder Nachlieferung.⁶²² Da Sachmängel innerhalb der Verjährungsfrist nach Art. 210 OR zu rügen sind, stellt die Verjährungsfrist gleichzeitig die absolute Rügefrist dar.⁶²³

b Ablauf der Verjährungsfrist

Die massgebliche Dauer der einzelnen Verjährungsfristen ist jeweils gesetzlich geregelt (wo keine speziellen Fristen aufgeführt sind, gelten die allge-

619BGE 137 III 16, 19 E. 2.1; SAVIGNY, System V, 270.

620ZK OR-BERTI, Art. 127–142 N 11; CHK OR-KILLIAS/WIGET, Art. 127 N 2; vgl. schon SAVIGNY, System V, 272; zum Ganzen auch BÉGUELIN, SJK № 813, 3.

621GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 3281 ff. m.w.H.

622KOLLER A., OR AT, § 67 N 12 f.

623BGer 4A_82/2008 vom 29. April 2009, E. 9.; BGE 130 III 362, 367 E. 4.3 = Pra 94 (2005) Nr. 7, 61; KOLLER A., OR BT, § 4 N 223.

meinen Fristen nach Art. 127 f. OR). Die ordentliche Verjährungsfrist beträgt *zehn Jahre* (Art. 127 OR). Daneben existiert eine *verkürzte fünfjährige* Verjährungsfrist für periodische Leistungen und Forderungen, die aus alltäglichen Sachverhalten heraus entstehen, bei denen die Verkehrssitte eine rasche Geschäftsabwicklung mit sich bringt und die somit i.d.R. kurzfristiger Natur sind (Art. 128 Abs. 1–3 OR).⁶²⁴

1.4 Abänderung von Verjährungsfristen

Gemäss Art. 129 OR können die im «[dritten] Titel des Obligationenrechts aufgestellten Verjährungsfristen»⁶²⁵ nicht rechtswirksam durch Parteivereinbarung verändert werden. Dies stellt eine Einschränkung der Privatautonomie der Parteien dar, welche im Schuldnerschutz gründet. Konkret soll so verhindert werden, dass ein Schuldner bei Vertragsschluss *in puncto* Verjährung Zugeständnisse macht, deren Konsequenzen er zum Zeitpunkt der Vereinbarung noch gar nicht realisiert.⁶²⁶

Im geltenden Schweizer Recht besteht folglich überall dort, wo die allgemeinen Verjährungsfristen nach Art. 127 f. bzw. Art. 137 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangen, nach Gesetz keine Möglichkeit zur Verkürzung bzw. zur Verlängerung einer Verjährungsfrist durch vertragliche Vereinbarung. Das Bundesgericht lässt die Verlängerung der ordentlichen Verjährungsfristen aber neuerdings in Änderung seiner früheren Rechtsprechung zu, sofern die Vereinbarung erst *nach* Abschluss des Vertrags erfolgt.⁶²⁷ Damit wird der in Art. 129 OR verwendete Begriff der «*Verfügung*» auf den «allein am Anfang der Transaktion stehenden [...] Grundvertrag» reduziert.⁶²⁸

Im Umkehrschluss zu Art. 129 OR bedeutet dies, dass ausserhalb des *dritten Titels des OR* Parteivereinbarungen bzgl. Verjährungsfristen grundsätzlich

624 Vgl. ZK OR-BERTI, Art. 128 N 1; s. auch SCHWENZER, N 84.03, die damit argumentiert, dass es dem Schuldner bei solchen Forderungen nicht zumutbar sei, Belege über einen längeren Zeitraum aufzubewahren.

625 Es handelt sich konkret um die Art. 127 f. OR sowie Art. 137 Abs. 2 OR.

626 Vgl. SPIRO, Verzicht, 550; ZK OR-BERTI, Art. 129/141 Abs. 1 N 2; CHK OR-KILLIAS/WIGET, Art. 129 N 1.

627 BGE 132 III 226, 239 f. E. 3.3.7 = Pra 95 (2006) Nr. 146, 1010 f.; m.w.H. KOLLER A., OR AT, § 71 N 30; DERS., SJZ 2007, 193 ff.

628 BUCHER, recht 2006, 193.

möglich sind.⁶²⁹ Sowohl im OR als auch im ZGB sowie in zahlreichen Spezialgesetzen finden sich besondere Regelungen zur Verjährung, die meistens eine Verkürzung (so auch Art. 210 OR), seltener auch eine Verlängerung der allgemeinen Verjährungsfristen vorsehen. Diese Fristen sind, soweit sie nicht *zwingender* Natur sind,⁶³⁰ der Parteiabrede zugänglich, wobei «es nicht zulässig [ist], die Verjährungsfrist vertraglich unbegrenzt zu verlängern»; die verlängerte Frist darf «die ordentliche Frist von zehn Jahren gemäss Art. 127 OR nicht übersteigen».⁶³¹ Eine vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist ist ebenfalls nur ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 129 OR möglich, wobei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Wirksamkeitsgrenzen in der *unbilligen Erschwerung der Rechtsverfolgung* liegen.⁶³²

Das Kriterium der *unbilligen Erschwerung der Rechtsverfolgung* geht auf einen Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden zurück (s. SJZ 1955, 212 f. Nr. 118), worin die vertragliche Verkürzung der Werkmängelhaftung (Art. 371 Abs. 2 OR) von fünf auf zwei Jahre unter Bezugnahme auf eine Darstellung des Obligationenrechts bei VON TUHR/SIEGWART⁶³³ als unzulässig erachtet wurde, da hierdurch «die Rechtsverfolgung des Gläubigers in unbilliger Weise erschwert würde» und damit dessen «Interessen in hohem Masse» beeinträchtigt seien. Das Werk VON TUHR/SIEGWART selbst verweist zur Erläuterung der «unbilligen Erschwerung der Rechtsverfolgung» sodann auf eine Darstellung VON TUHRS zum deutschen BGB,⁶³⁴ wonach die Billigkeitsprüfung nach den *Grundsätzen von Treu und Glauben* zu erfolgen habe bzw. die «Rechtsverfolgung in einer gegen Treu und Glauben verstossenden Weise erschwert» sein müsse.

629 BGE 112 II 231, 233 E. 3.aa); BGE 108 II 194, 196 E. 4.b); KOLLER A., OR AT, § 71 N 31; BSK OR-DÄPPEN, Art. 129 N 2; KESSLER, 41.

630 Vgl. ZK OR-BERTI, Art. 129/141 Abs. 1 N 19 ff.

631 BGE 99 II 185, 189 E. 2.a); vgl. auch BGE 132 III 226, 240 E. 3.3.8 = Pra 95 (2006) Nr. 146, 1011 f.; s. ferner BUCHER, recht 2006, 194 f.; für eine Verlängerung über zehn Jahre hinaus BENEDICK/VISCHER, Jusletter 4. September 2006, Rz. 22 u. 26.

632 BGE 108 II 194, 196 E. 4.b); s.a. SJZ 1955, 212 f. Nr. 118; KESSLER, 41; m.w.H. KOLLER A., OR AT, § 71 N 32 f.; MEYER, N 208; die Möglichkeit der Verkürzung zugunsten des Schuldners noch ablehnend SPIRO, Begrenzung, 864.

633 VON TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Halbband, 2. Aufl., Zürich 1944, 660.

634 VON TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 2. Hälfte, München/Leipzig 1918, 535 Fn. 198.

Nach meinem Dafürhalten folgt daraus, dass die Wirksamkeitsschwelle für individuell vereinbarte Verkürzungen der Verjährungsfrist im offensichtlichen Rechtsmissbrauch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB zu suchen ist.⁶³⁵

1.5 Verjährungsbeginn

Die Verjährung beginnt nach Art. 130 Abs. 1 OR grundsätzlich mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen. Die Fälligkeit selbst tritt nach Art. 75 OR sofort mit der Entstehung der Forderung ein, sofern die Parteien keinen anderen Zeitpunkt vereinbart haben oder sich kein solcher aus der Natur des Rechtsgeschäfts ergibt. Im Falle vertraglicher Schadenersatzansprüche ist zur Bestimmung des Zeitpunkts der Fälligkeit zudem zwischen Sekundäransprüchen und Ansprüchen aus Schlechtleistung oder *culpa in contrahendo* zu unterscheiden. Während bei Ersteren die Verjährung mit der *Fälligkeit* der ursprünglich geschuldeten Leistung beginnt, ist bei den zwei Letztgenannten der *Zeitpunkt der Pflichtverletzung* massgeblich.⁶³⁶ Der Zeitpunkt des Schadenseintritts ist dagegen grundsätzlich unbeachtlich, was gerade bei Spätschäden zu erheblichen Diskrepanzen führt, wenn deren Umfang zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung noch gar nicht ausreichend substantiiert und damit eingeklagt werden kann.⁶³⁷

1.6 Fristberechnung

Für die *Berechnung* der Verjährungsfrist ist der Tag, an dem das die Verjährungsfrist auslösende Ereignis stattfindet, nicht mitzurechnen (Art. 132 Abs. 1 OR). Zudem ist die Verjährungsfrist erst dann als beendet zu betrachten, wenn der letzte Tag der Frist unbenützt verstrichen ist (d.h. Mitternacht des *dies ad quem*).

635 A.A. ZK OR-BERTI, Art. 129/141 Abs. 1 N 24, der die Schwelle tiefer setzt, indem er nicht die Intensität eines offenbaren Rechtsmissbrauchs verlangt. M.E. ist dies jedoch nur bei AGB-mässigen Verkürzungen vertretbar.

636 BSK OR-DÄPPEN, Art. 130 N 11 f.; anders z.B. im Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil des Obligationenrechts (OR 2020), der einen einheitlichen Schadenersatzanspruch vorsieht, der stets mit der Pflichtverletzung fällig wird (OR 2020-THOUVENIN/PURTSCHERT, Art. 149 N 8).

637 Vgl. dazu jüngst BGE 137 III 16, 22 E. 2.4.4.

Schliesslich gibt es verschiedene Umstände, die den Ablauf der Verjährungsfrist aussetzen. Man unterscheidet grundsätzlich zwischen der *Hemmung*⁶³⁸ und der *Unterbrechung* der Verjährung (Art. 134 OR bzw. Art. 135 ff. OR). Während die Frist bei der Hemmung nach Wegfall der Umstände an dem Punkt weiterläuft, wo sie einst ausgesetzt hat, beginnt sie im Fall der Unterbrechung neu und damit von vorn zu laufen.⁶³⁹ Nach der h.M. und Rechtsprechung sind sowohl die Hemmungs- wie auch die Unterbrechungsgründe abschliessend und zwingend geregelt.⁶⁴⁰

2. Besondere Verjährungsregeln im Bereich der Sachmängelgewährleistung

Mit Ausübung der einzelnen Wahlrechte entstehen zwischen den Parteien Forderungen auf Rückgabe der Kaufsache bzw. Rückzahlung des Kaufpreises (bei Wandelung), auf Rückzahlung der Differenz zwischen dem geminderten Kaufpreis und dem tatsächlich bezahlten Preis (bei Minderung), auf unentgeltliche Ersatzlieferung oder – wo vereinbart – auf unentgeltliche Reparatur der Kaufsache. Diese obligatorischen Ansprüche unterliegen als privatrechtliche Forderungen der Verjährung. Die allgemeinen Verjährungsregeln werden für Ansprüche aus Sachmängelgewährleistung durch besondere Vorschriften (Art. 210 OR) ersetzt bzw. ergänzt.

Obleich im Falle der Wandelung der Kaufvertrag nach der neueren Lehre in ein «Rückgewährverhältnis» umgewandelt wird, bestimmt sich auch hier die Verjährung nach Art. 210 OR und nicht nach den allgemeinen Verjährungsbestimmungen (Art. 127 ff. OR), wie dies etwa beim Rücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR der Fall ist.⁶⁴¹

638Der Begriff dient als Oberbegriff für die *Hinderung* und den *Stillstand* der Verjährungsfrist.

639M.w.H. zu Hemmung und Unterbrechung s. SCHWENZER, N 84.22 ff.; KOLLER A., OR AT, §§ 69 ff.

640BGE 100 II 339, 344 E. 4.; BGE 65 II 232, 233; BGer 4C.296/2003 vom 12. Mai 2004, E. 3.4; BSK OR-DÄPPEN, Art. 134 N 1 sowie Art. 135 N 1; CHK OR-KILLIAS/WIGET, Art. 134 N 2 sowie Art. 135 N 2.

641BGer 4C.60/2002 vom 16. Mai 2002, E. 1.3; GAUCH, N 1539.

2.1 Grundsatz – zweijährige Verjährungsfrist

Die Dauer der Verjährungsfrist beträgt nach Art. 210 Abs. 1 OR grundsätzlich *zwei Jahre* und gilt für alle aus der Sachmängelgewährleistung entspringenden Forderungen⁶⁴² – also für Rückgewähr (im Falle der Wandelung bzw. Minderung), Nacherfüllung (im Falle der Nachlieferung oder Nachbesserung) und Schadenersatz.⁶⁴³ Weiter existieren spezielle Verjährungsfristen für mangelhafte «*Baumaterialien*» sowie für den Kauf von *Kulturgütern*.⁶⁴⁴

Eine *Ausnahme* besteht nach Art. 210 Abs. 6 OR, wenn der Verkäufer seinen Kunden absichtlich über die Mangelfreiheit der Sache täuscht bzw. vorhandene Mängel arglistig verschweigt.⁶⁴⁵ Dann kann sich der Verkäufer nicht mehr auf die kurze Frist nach Art. 210 OR berufen, sondern es gilt die allgemeine Verjährungsfrist von zehn Jahren (Art. 127 OR).⁶⁴⁶

a Zweck der zweijährigen Verjährungsfrist

Diese im Vergleich zu den allgemeinen Verjährungsfristen (Art. 127 f. OR) «kurze» Verjährungsfrist bezweckt die rasche Schaffung einer «klaren Rechtslage» bzgl. der störungsfreien Geschäftsabwicklung (sog. *Verkehrsschutztheorie*).⁶⁴⁷ Damit wird ein wichtiges Interesse des Verkäufers – nämlich die Entlastung von der (Kausal-)Haftung für Sachmängel – berücksichtigt.⁶⁴⁸ Ein Verkäufer geht ja grundsätzlich davon aus, mangelfreie Ware geliefert zu haben. Er erlangt erst durch die Rüge des Käufers Kenntnis eines Mangels. Solange das Risiko einer Sachmängelhaftung noch im Raum steht,

642BSK OR-HONSELL, Art. 210 N 1.

643Für Ansprüche aus einer selbstständigen Garantie oder für solche aus Grundlagenirrtum gilt hingegen die allgemeine Verjährung nach Art. 127 f. OR (BSK OR-HONSELL, Art. 210 N 1 m.w.H.).

644S.u. S. 140 ff. u. 146.

645Vgl. BGer 4A_301/2010 v. 7.9.2010 E. 3.2.

646BGE 107 II 231, 232 f. E. 3.b); BGE 81 II 138, 143 E. 5.; s.a. KOLLER A., OR BT, § 4 N 219; BSK OR-HONSELL, Art. 210 N 1.

647BGE 133 III 335, 341 E. 2.4.4.; BGE 102 II 97, 102 E. 2.b); BGE 78 II 367, 368 E. 2.

648Vgl. zum Ganzen BSK OR-HONSELL, Art. 210 N 2; BÄHLER, 158 ff.; krit. REETZ/LORENZ, Anwaltsrevue 2013, 17, die eine zweijährige Frist angesichts vieler mangelhafter Luxusgüter (z.B. Fernseher) als nach wie vor zu kurz beurteilen; ähnlich auch GAUCH, recht 2011, 146 in Bezug auf Mangelfolgeschäden; s. ferner auch RUSCH, recht 2012, 177 ff. m.w.H. zum Phänomen geplanter Obsoleszenz als Sachmangel.

ist der Verkäufer in seiner *Dispositionssicherheit* eingeschränkt, da er nicht weiss, ob er noch mit Forderungen des Käufers konfrontiert wird.⁶⁴⁹

b Fristbeginn

Im Unterschied zum Fristbeginn nach Art. 130 Abs. 1 OR beginnt die Verjährungsfrist nach Art. 210 Abs. 1 OR erst mit der *Ablieferung* der Sache an den Käufer zu laufen. Diese tritt zu dem Zeitpunkt ein, wo der Verkäufer in Erfüllung seiner Sachleistungspflicht die Sache aus seiner Verfügungsgewalt entlässt, sodass sich der Käufer jederzeit den Besitz daran verschaffen kann. Entscheidend ist, dass der Käufer eine Untersuchungsmöglichkeit hat, die Sache also auf ihre Mängelfreiheit überprüfen kann.⁶⁵⁰

c Hemmung und Unterbrechung

Die Verjährungsfristen des Art. 210 OR unterliegen den allgemeinen Regeln der Hemmung und der Unterbrechung (Art. 134 ff. OR).⁶⁵¹ Von praktischer Relevanz ist insbesondere die Unterbrechung infolge *Anerkennung* (Art. 135 Ziff. 1 OR), indem jedes ernst zu nehmende Versprechen des Verkäufers, den Mangel zu beheben, anerkennende Wirkung entfaltet.

Als Anerkennung ist jede Meinungsäusserung des Schuldners zu sehen, mit der er dem Gläubiger zu verstehen gibt, von der Existenz dessen Anspruchs überzeugt zu sein, worauf der Gläubiger sich veranlasst sieht, zumindest vorläufig auf die klageweise Durchsetzung seines Anspruchs zu verzichten.⁶⁵² Die Schuldanerkennung ist an keine besondere Form gebunden.⁶⁵³ Sie kann auch konkludent erfolgen, z.B. durch Nachbesserungsversuch oder Ersatzlieferung.⁶⁵⁴

Ebenso wirkt die *klageweise Geltendmachung* der aus Sachmängelgewährleistung entspringenden Forderung verjährungsunterbrechend (Art. 135 Ziff. 2 OR).

649KRAMER, recht 1997, 80.

650BGE 88 II 364, 366 E. 3.a); s.a. BK OR-GIGER, Art. 210 N 36 ff., wonach Traditions-surrogate aufgrund der mangelnden Untersuchungsmöglichkeit keine fristauslösende Ablieferung darstellen; vgl. aus dem dt. Recht auch BeckOK BGB-FAUST, § 438 N 30, der ebenfalls auf die Untersuchungsmöglichkeit des Käufers abstellt.

651KOLLER A., OR BT, § 4 N 222; BSK OR-HONSELL, Art. 210 N 3.

652Vgl. BGE 134 III 591, 594 E. 5.2.1; BK OR-GIGER, Art. 210 N 15 ff.

653BSK OR-DÄPPEN, Art. 135 N 2.

654BSK OR-HONSELL, Art. 210 N 3.

2.2 «Baumaterialien» – fünfjährige Verjährungsfrist

Seit dem 1. Januar 2013 gilt nach Art. 210 Abs. 2 OR eine verlängerte *fünfjährige* Verjährungsfrist für Klagen, die aus einer mangelhaften Sache herühren, welche bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert wurde und dadurch in der Folge die Mangelhaftigkeit des Werks verursacht hat. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Werkmangel durch die Mangelhaftigkeit des zugelieferten Materials verursacht worden sein muss; wurde mangelfreies Material fehlerhaft verwendet, kommt Art. 210 Abs. 2 OR nicht zur Anwendung.⁶⁵⁵

a Zweck der fünfjährigen Verjährungsfrist

Diese Bestimmung soll es v.a. Unternehmern (z.B. Bauhandwerkern) ermöglichen, auf ihren Zulieferer Regress zu nehmen, wenn sie infolge der Verwendung mangelhafter Baumaterialien dem Besteller für einen Werkmangel (nach Art. 371 Abs. 2 OR) haften.⁶⁵⁶ Ziel der auf fünf Jahre verlängerten Verjährungsfrist ist somit, den Unternehmer vor einer zeitlichen *Regressfalle* zu schützen, in der der Werkbesteller noch Gewährleistungsansprüche geltend machen kann, die Gewährleistungsansprüche des Unternehmers gegenüber seinem Zulieferer hingegen schon verjährt sind.⁶⁵⁷

Bei genauerer Betrachtung ist die Umsetzung dieses Ziels in Art. 210 Abs. 2 OR allerdings nicht optimal gelungen. Da der Beginn der Verjährungsfrist in Abs. 2 nicht gesondert erwähnt wird, ist aus systematischen Überlegungen davon auszugehen, dass die Frist – wie bei Art. 210 Abs. 1 OR – mit der *Ablieferung* des Materials beginnt. Da die fünfjährige Verjährungsfrist des Art. 371 Abs. 2 OR jedoch erst mit der *Abnahme* des Werks beginnt, entsteht schon zwangsläufig eine Lücke, sofern das unbewegliche Werk nicht innerhalb desselben Tages fertiggestellt und abgenommen wird, wie die Materiallieferung erfolgte (und dies dürfte praktisch immer der Fall sein).⁶⁵⁸ Dass die

655 GAUCH, recht 2011, 146; DERS., recht 2012, 128; ebenso im dt. Recht BeckOK BGB-FAUST, § 438 N 27.

656 BerRK NR, BBl 2011, 2889 ff., 2893 u. 2897; GAUCH, recht 2011, 146; DERS., recht 2012, 126; REETZ/LORENZ, Anwaltsrevue 2013, 18; vgl. aus dem dt. Recht BeckOK BGB-FAUST, § 438 N 23.

657 Vgl. BGer 4C.260/2001 vom 4. Januar 2002, E. 3.b).

658 Dieses Problem wurde auch im BerRK NR, BBl 2011, 2889 ff., 2897 erkannt, eine weitergehende Lösung aber als unverhältnismässig verworfen; vgl. auch GAUCH, recht

Bestimmung auch keinen ausreichenden Schutz bieten könnte, wenn der Fristbeginn von Art. 210 Abs. 2 OR ebenfalls erst mit Abnahme des Werks stattfände, zeigt sich am Umstand, dass der Fristenlauf nach Art. 371 Abs. 2 OR zwischen Unternehmer und Werkbesteller gehemmt werden kann, ohne dass dies einen Einfluss auf den Fristenlauf von Art. 210 Abs. 2 OR hätte.⁶⁵⁹ Letztlich sind sowohl Art. 371 Abs. 2 OR wie auch Art. 210 Abs. 2 OR Bestimmungen *dispositiver* Natur. Wird eine der beiden Fristen vertraglich abgeändert, funktioniert die angestrebte Koordination nicht mehr.⁶⁶⁰ Immerhin wird die Regressfalle durch die Bestimmung i.d.R. wenigstens verkleinert werden, was einen Schritt in die richtige Richtung bedeutet.⁶⁶¹

b Voraussetzungen der fünfjährigen Verjährungsfrist

Damit die fünfjährige Verjährungsfrist des Art. 210 Abs. 2 OR zur Anwendung gelangt, müssen gemäss dem Wortlaut der Norm folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Die Sache muss (1) für die Integration in ein unbewegliches Werk *bestimmt* sein. Sie muss (2) *tatsächlich* in ein unbewegliches Werk *integriert* worden sein und ihre Mangelhaftigkeit muss (3) einen *Mangel am unbeweglichen Werk* verursachen.

(1) Damit nicht auch der Verkäufer einer Ware, die in keinem Zusammenhang mit der Erstellung von unbeweglichen Werken steht, unfreiwillig der verlängerten Verjährungsfrist nach Art. 210 Abs. 2 OR ausgesetzt ist, fallen grundsätzlich nur Sachen darunter, die für die Integration in ein unbewegliches Werk bestimmt sind.⁶⁶² Ob eine Sache im konkreten Fall zur Integration in ein unbewegliches Werk bestimmt war, ist – vorbehältlich einer Verwendungsabrede – nach *objektiven Kriterien* zu beurteilen und nicht etwa nach der Vorstellung des Käufers.⁶⁶³ Nach GAUCH sind dabei drei Kriterien zu berücksichtigen. Erstens muss die Sache *grundsätzlich* für die Integration in unbewegliche Werke vorgesehen bzw. *bestimmt* sein. Dies wird dann der Fall sein, wenn sie ausdrücklich dafür angepriesen wird oder wenn dies ihrem üblichen Verwendungszweck (so z.B. bei Dachziegeln) entspricht.

2011, 146 f.; DERS., recht 2012, 126; VISCHER, Jusletter 11. März 2013, Rz. 5; KOLLER A., AJP 2014, 307.

⁶⁵⁹GAUCH, recht 2011, 147.

⁶⁶⁰GAUCH, recht 2011, 147.

⁶⁶¹SCHWIZER/WOLFER, AJP 2012, 1765.

⁶⁶²Vgl. BerRK NR, BBl 2011, 2889 ff., 2897.

⁶⁶³Vgl. für das dt. Recht BeckOK BGB-FAUST, § 438 N 24.

Ein zumindest theoretisches Problem ergibt sich bei Sachen, die grundsätzlich zur Integration in Werke bestimmt sind, ganz gleich, ob diese unbeweglicher oder beweglicher Natur sind (man denke etwa an gewöhnliche Lacke, Farben, Nägel oder auch Montageschaum). Wollte sich der Verkäufer hier nicht der verlängerten Gewährleistungsfrist unterwerfen, müsste er die Integration seines Produkts in unbewegliche Werke in der Produktbeschreibung eigentlich ausschliessen.⁶⁶⁴ In der Praxis ist es allerdings naheliegender, dass der Verkäufer die Verjährungsfrist auf die regulären zwei Jahre verkürzt, was aufgrund der dispositiven Natur von Art. 210 Abs. 2 OR grundsätzlich möglich ist.

Zweitens muss die *tatsächliche Verwendung mit der vorgesehenen Verwendung übereinstimmen*. Wenn etwa eine Teichfolie zur Deckung eines Flachdachs oder ein Stahlträger für eine Industriebaute verwendet wird, obschon die Traglast nur für seine Verwendung in Wohnhäusern ausreicht, kann von bestimmungsgemässer Integration keine Rede sein.

Drittens muss die *Art und Weise der Integration* auch *bestimmungsgemäss* erfolgen. Wenn eine Sache, die zur Integration in ein unbewegliches Werk bestimmt ist, nicht sachgerecht verbaut wird, ist sie ebenfalls nicht bestimmungsgemäss integriert worden. So z.B., wenn die Teichfolie zwar für den Teich verwendet wird, aber nicht *lege artis* verlegt wird.⁶⁶⁵

(2) Damit eine Sache als integriert gilt, muss sie tatsächlich zur Herstellung eines unbeweglichen Werks verwendet worden sein.⁶⁶⁶ Massgeblich dürfte hierbei sein, dass die Sache fest mit dem unbeweglichen Werk verbunden wird und für dessen Konstruktion, Bestand, Erhaltung und Benutzbarkeit von wesentlicher Bedeutung ist.⁶⁶⁷ Dazu zählen somit auch Renovations- und

664 Vgl. ROTH S., AJP 2014, 779, der allerdings dafür plädiert, dass Sachen, die sowohl für ein unbewegliches als auch für ein bewegliches Werk verwendet werden können, nie bestimmungsgemäss seien, selbst wenn die Integration in ein unbewegliches Werk weitaus häufiger vorkomme.

665 Vgl. zum Ganzen GAUCH, recht 2011, 148; DERS., recht 2012, 127; a.A. ROTH S., AJP 2014, 779.

666 GAUCH, recht 2011, 147; DERS., recht 2012, 126 f.; BSK OR-HONSELL, Art. 210 N 2; ROTH S., AJP 2014, 776.

667 GAUCH, recht 2012, 133 Fn. 38; vgl. aus dem dt. Recht BeckOK BGB-FAUST, § 438 N 25; a.A. ROTH S., AJP 2014, 775.

Umbauarbeiten, nicht jedoch Hilfsbauten, welche anschliessend wieder entfernt werden.⁶⁶⁸

Ob sog. «Einbaugeräte» – wie etwa Küchenherde, Kühlschränke, Lampen, etc. – unter die Bestimmung fallen, ist strittig. Einerseits ist bei solchen Geräten die feste Verbindung oft fraglich, da sie i.d.R. problemlos ausgebaut und ersetzt werden können. Ferner sind sie für den Bestand des unbeweglichen Werks nicht von wesentlicher Bedeutung.⁶⁶⁹ Andererseits wurde im Rahmen der parlamentarischen Debatten zur Revision von Art. 210 OR in einer Beratung des Ständerats ein Antrag verworfen, wonach Art. 210 Abs. 2 OR dahingehend zu präzisieren gewesen wäre, dass «technische Einrichtungen und Geräte sowie deren Bestandteile» vom Anwendungsbereich ausgenommen seien.⁶⁷⁰ Damit hat sich der Gesetzgeber im Grundsatz gegen eine Einschränkung des Anwendungsbereichs auf «reine» Baumaterialien entschieden.⁶⁷¹ M.E. sollt man bei der Abgrenzung von Sachen i.S.v. Art. 210 Abs. 1 und 2 OR an die Intensität der Verbindung mit dem unbeweglichen Werk anknüpfen. Dort wo eine Sache derart in das unbewegliche Werk integriert wird, dass die Integrations- bzw. Werkleistung im Vordergrund steht und nur mit beträchtlichem Aufwand rückgängig gemacht werden kann, scheint eine Anwendung der *fünffährigen* Frist als gerechtfertigt. Wo hingegen ein Kaufvertrag mit Montagepflicht vorliegt, besteht m.E. kein Grund für eine längere Verjährungsfrist, da hier die Integrations- bzw. die Werkleistung lediglich darin besteht, den Kaufgegenstand gebrauchsfertig zu machen, auch wenn er anschliessend fest mit dem unbeweglichen Werk verbunden ist.

Bis anhin unklar ist, ob die Sache innerhalb eines bestimmten Zeitraums eingebaut werden muss, damit die Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 2 OR zur Anwendung kommt.⁶⁷² Für Baumaterial, das nicht «in ein unbewegliches Werk integriert worden ist», gilt die reguläre zweijährige Verjährungsfrist nach Art. 210 Abs. 1 OR.

Nach meinem Dafürhalten sollte für die Anwendung von Art. 210 Abs. 2 OR die Integration der Sache eines bestimmten Zeitraums nicht erforderlich sein,

668Ebenso wenig erfüllen Arbeitsmittel, die zur Ausführung des Werks benötigt werden, die Voraussetzung der Integration (GAUCH, recht 2011, 147 f.; DERS., recht 2012, 127; dem folgend auch SCHWIZER/WOLFER, AJP 2012, 1761; vgl. für das dt. Recht BeckOK BGB-FAUST, § 438 N 24).

669Vgl. das Votum von SR Freitag (AB S 2011 1050).

670AB S 2012 69.

671ROTH S., AJP 2014, 775.

672S.a. GAUCH, recht 2012, 129.

da die massgebliche Verjährungsfrist erst im Streitfall *ex post* zu bestimmen ist.⁶⁷³

Macht der Bauhandwerker nach drei Jahren Sachmängel geltend, ohne die Sache verbaut zu haben, kann sich der Zulieferer erfolgreich auf Art. 210 Abs. 1 OR berufen. Wurde die Sache hingegen bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert, kommt die Frist nach Art. 210 Abs. 2 OR – beginnend mit Ablieferung der Sache – zur Anwendung, auch wenn die Sache erst nach drei Jahren verbaut wurde.

Natürlich wird bei einem späteren Einbau die Beweislage zunehmend diffuser sein (etwa, ob der Mangel schon bei Ablieferung bestand oder ob er die Folge langer Lagerung war). Aus Beweisgründen hat der Unternehmer folglich ein Interesse, die Sache möglichst rasch zu verbauen. Ausserdem vergrössert sich die Regressfalle zu seinen Ungunsten, wenn er mit dem Einbau zuwartet, da die Verjährungsfrist der Werkmängelhaftung ja erst mit der Abnahme des Werks zu laufen beginnt. Für den Verkäufer dürfte es auch unter diesem Aspekt am attraktivsten sein, die Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 2 OR vertraglich auf zwei Jahre zu verkürzen, sodass es nicht mehr darauf ankommt, ob die Sache bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert wurde.⁶⁷⁴ Im Baugewerbe werden solche Regressfallen zwischen General- und Subunternehmern auch durch sog. *Koordinationsklauseln* beseitigt, wonach sämtliche Verjährungsfristen erst mit Abnahme des Gesamtwerks durch den Bauherren zu laufen beginnen.⁶⁷⁵

(3) Letztlich muss die bestimmungsgemäss integrierte Sache aufgrund ihrer Mangelhaftigkeit für die Entstehung eines Werkmangels verantwortlich sein.⁶⁷⁶ Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn sich die Differenz von der Ist- zur Soll-Beschaffenheit der Sache im unbeweglichen Werk auswirkt⁶⁷⁷, sodass dieses selbst mangelhaft wird.⁶⁷⁸

673 Vgl. für das dt. Recht BeckOK BGB-FAUST, § 438 N 26.

674 Vgl. VISCHER, Jusletter 11. März 2013, Rz. 40 f.

675 Vgl. etwa BGer 4A_221/2010 vom 12. Januar 2012, E. 3.

676 GAUCH, recht 2011, 148; DERS., recht 2012, 128; dem folgend SCHWIZER/WOLFER, AJP 2012, 1761; a.A. VISCHER, Jusletter 11. März 2013, Rz. 26 ff., der die Verursachung des Werkmangels entgegen dem Wortlaut von Art. 210 Abs. 2 OR nicht als Voraussetzung für dessen Anwendung betrachtet.

677 Vgl. aus dem dt. Recht BeckOK BGB-FAUST, § 438 N 27.

678 Zum Begriff des Werkmangels s. BGer 4A_173/2014 vom 10. Juni 2014, E. 5.2 ff.; BGer 4A_109/2014 vom 21. Mai 2014, E. 3.3; BGer 4A_619/2013 vom 20. Mai

c Sonderfall: Bauhandwerker und Bauherr in einer Person

Abschliessend kann man sich die Frage stellen, welche Verjährungsfrist gelten soll, wenn der Bauhandwerker und der Bauherr dieselbe Person sind, es sich beispielsweise um einen Fall des privaten Hausbaus handelt.

Beschliesst z.B. ein gelernter Zimmermann, den Innenausbau seines Hauses selbst vorzunehmen und kauft er hierzu Täfer bei einer Schreinerei, stellt sich die Frage, ob ihm der Holzlieferant während fünf Jahren für die Mängelfreiheit des Täfers haften muss, da dieses bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert wird.

Folgt man dem Wortlaut der Bestimmung, kommt es nur darauf an, dass die Sache bestimmungsgemäss in ein unbewegliches Werk integriert wurde. Wer diese Arbeit zu erledigen hat, wird nicht bestimmt. Danach würde die fünfjährige Frist auch dem privat handelnden Handwerker zugutekommen. Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte und die *ratio legis* von Art. 210 Abs. 2 OR ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Rechtfertigung für die längere Verjährungsfrist ausschliesslich in der *Verminderung einer Regressfalle* besteht, sodass die fünfjährige Verjährungsfrist nur dort zur Anwendung gelangen soll, wo auch tatsächlich ein Vertrag mit einem Werkbesteller existiert, aus welchem der Bauhandwerker dem Werkbesteller für ein mangel-freies Werk haftet.⁶⁷⁹ Ist dies nicht der Fall, entfällt die Koordinationsproblematik gänzlich. Obschon es auf den ersten Blick vielleicht stossend erscheint, den privaten Kunden des Holzlieferanten bezüglich Verjährung schlechter zu stellen als einen gewerblichen Bauhandwerker,⁶⁸⁰ muss doch festgehalten werden, dass hier keine Regressfalle besteht, zu deren Abmilderung Art. 210 Abs. 2 OR aber explizit eingeführt wurde. Nach meinem Dafürhalten sollte Art. 210 Abs. 1 OR daher auch beim Kauf von «Baumaterialien» zur Anwendung kommen, wenn für den Käufer keine Regressfalle besteht.

2014, E. 4.1; BGE 114 II 239, 244 E. 5.a)aa); BSK OR-ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 368 N 9 m.w.H.

679 Vgl. etwa BerRK NR, BBl 2011, 2889 ff., 2893 u. insb. 2896, wonach die «Anwendung der fünfjährigen Verjährungsfrist auf Fälle begrenzt sein soll, in denen Rückgriffsansprüche [auf den Zulieferer] möglich werden». Auch GAUCH stellt die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 210 Abs. 2 OR in Fällen, wo der Werkunternehmer nicht für den Werkmangel haftet (GAUCH, recht 2011, 149).

680 Vgl. aus dem dt. Recht BeckOK BGB-FAUST, § 438 N 25, wo die fünfjährige Verjährungsfrist trotz fehlender Regressfalle auch dem privaten Bauherren zugutekommt (BGH vom 9.10.2013 – VIII ZR 318/12 = NJW 2014, 845, 846).

2.3 Kulturgüter – doppelte Verjährungsfrist

Art. 210 Abs. 3 OR sieht für Kulturgüter i.S.v. Art. 2 Abs. 1 KGTG eine doppelte Verjährungsfrist vor. Als Kulturgüter gelten im Wesentlichen Bilder und Antiquitäten, die mehr als 100 Jahre alt sind (Art. 1 des Übereinkommens vom 11. November 1970 über Massnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut⁶⁸¹). Nach Art. 210 Abs. 3 OR unterliegen die Klagen aus Sachmängelgewährleistung beim Kulturgüterkauf einer *einjährigen, relativen* Verjährungsfrist ab Entdeckung des Mangels sowie einer *dreissigjährigen, absoluten* Verjährungsfrist ab Vertragsschluss.⁶⁸²

Die einjährige, relative Verjährungsfrist dürfte sich im Falle der absichtlichen Täuschung seitens des Verkäufers ebenfalls auf zehn Jahre verlängern (vgl. Art. 210 Abs. 6 OR).⁶⁸³ Die dreissigjährige, absolute Frist bleibt nach dem Gesetzeswortlaut von Art. 210 Abs. 6 OR davon unberührt. Der Fristbeginn mit *Vertragsschluss* bzw. *Entdeckung* anstatt mit Ablieferung rührt mutmasslich aus dem Zweck der Bestimmung her, wonach die Rückführungsregeln des KGTG und die zivilrechtlichen Rückabwicklungsbestimmungen zeitlich miteinander koordiniert werden sollten.⁶⁸⁴

Der herrschenden Ansicht folgend, ist davon auszugehen, dass die relative einjährige Verjährungsfrist durch Parteivereinbarung verlängert, aus Gründen des Kulturgüterschutzes aber nicht verkürzt werden darf.⁶⁸⁵

681SR 0.444.1.

682Krit. zur relativen Frist ab Entdeckung BSK OR-HONSELL, Art. 210 N 4; m.w.H. s.a. Bot. KGTG, BBl 2002, 535 ff., 606; vgl. auch KOLLER A., OR BT, § 4 N 268 ff., der u.a. die Frage aufwirft, ob Art. 210 Abs. 3 OR für beliebige Sachmängel anwendbar sei oder nur für solche rechtlicher Natur, bei denen der Käufer die Sache nach Art. 9 KGTG wieder ins Ausland zurückführen muss, wie aus Bot. KGTG, BBl 2002, 535 ff., 606 hervorging.

683GAUCH, recht 2011, 149; DERS., recht 2012, 125.

684Vgl. Bot. KGTG, BBl 2002, 535 ff., 582.

685CHK OR-MÜLLER-CHEN, Art. 210 N 10; HUGUENIN, N 2635a; GAUCH, recht 2012, 130.

§ 8 Vertragliche Regelungen zur Sachmängelgewährleistung

I. Einleitende Bemerkungen

Wie bereits erläutert, kann der Käufer bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen zwischen den Gewährleistungsrechten Wandelung, Minderung – und beim Gattungskauf zusätzlich der Ersatzleistung – wählen. Ausserdem steht ihm kumulativ jeweils der Anspruch auf Schadenersatz zu.

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Sachmängelgewährleistung sind jedoch mit wenigen Ausnahmen (Art. 199, Art. 210 Abs. 4–6 OR.) *dispositiver* Natur.⁶⁸⁶ Dies bedeutet, dass die Parteien in ihrem Kaufvertrag von den gesetzlichen Regeln abweichende Regeln über die Sachmängelgewährleistung vereinbaren dürfen. Damit die gesetzlichen Bestimmungen der Sachmängelgewährleistung abgeändert werden können, bedarf es einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien. Diese kann sowohl durch individuelle Abrede als auch durch die Übernahme von AGB zustandekommen. Beide Varianten sind sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend möglich.⁶⁸⁷

Da für Abänderungen mittels AGB strengere Voraussetzungen gelten als für Abänderungen mittels Individualvereinbarung werden Letztere zuerst behandelt, bevor anschliessend die Möglichkeit von Abänderungen mittels AGB analysiert wird.

II. Individualvereinbarung

Weichen die Parteien mittels Individualvereinbarung von den gesetzlichen Regeln der Sachmängelgewährleistung ab, ist zu beachten, dass das Bundesgericht Freizeichnungsklauseln eng auslegt und sie nur hinsichtlich jener Mängel zulässt, deren Existenz sich zum Zeitpunkt der Freizeichnung im Vorstellungsbereich der Parteien befanden.⁶⁸⁸ Ferner werden von einer Frei-

686BGer 4A_272/2011 vom 22. August 2011, E. 2.2; BSK OR-HONSELL, Vor Art. 197–210 N 4; BK OR-GIGER, Art. 199 N 4.

687Zur Einbeziehung von AGB s.o. S. 54 ff.

688Vgl. BGE 130 III 686, 689 ff. E. 4.3.1; SCHWENZER, N 24.11; KOLLER A., OR BT, § 4 N 238 ; BK OR-GIGER, Art. 199 N 10 je m.w.H.

zeichnungsklausel i.d.R. auch die alternativen Rechtsbehelfe zur Sachmängelgewährleistung erfasst.⁶⁸⁹

Die Abänderungsmöglichkeiten werden zudem durch die allgemeinen Inhaltsschranken des Obligationenrechts (Art. 19/20, Art. 100 OR) sowie durch die zwingenden Bestimmungen im Bereich der Sachmängelgewährleistung (Art. 199, Art. 210 Abs. 4–6 OR) beschränkt.

1. Ungültige Freizeichnung bei arglistigem Verschweigen von Gewährsmängeln

Unabhängig davon, wie sich die Parteien eines Kaufvertrags zusammensetzen (b2b, b2c, c2c), sind Freizeichnungsklauseln, die den Verkäufer von seiner Gewährleistungspflicht ganz oder teilweise entbinden, hinsichtlich all jener Mängel ungültig, die der Verkäufer dem Käufer *arglistig verschwiegen* hat (Art. 199 OR). Dies gilt unabhängig davon, ob die Klauseln individuell ausgehandelt oder mittels AGB in den Vertrag einbezogen wurden.

Will sich der Verkäufer von seiner Gewährleistungspflicht freizeichnen, gibt er dem Käufer dadurch zu erkennen, dass er für allfällige ihm verborgen gebliebene Mängel nicht haften will. Die Verbindlichkeit der Freizeichnung setzt somit voraus, dass der Verkäufer annimmt, dass ihm bekannte Mängel vom Käufer ebenfalls ohne Weiteres erkannt werden sowie dass dem Verkäufer allfällige andere Mängel wirklich unbekannt waren.⁶⁹⁰

Vertragsverhandlungen zwischen Verkäufer und Käufer begründen ein Vertrauensverhältnis, welches die Parteien nach Treu und Glauben verpflichtet, «einander in gewissem Masse über Tatsachen zu unterrichten, die den Entscheid der Gegenpartei über den Vertragsschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können».⁶⁹¹ Hat der Verkäufer Kenntnis von Sachmängeln, ist er folglich zu deren Offenbarung gegenüber dem Käufer verpflichtet. Verletzt der Verkäufer diese Offenbarungspflicht, indem er die Anzeige einer bestimmten Tatsache unterlässt, die geeignet ist, den vorausgesetzten Ver-

689 Vgl. BGE 126 III 59, 65 ff. E. 2. u. 3. = Pra 89 (2000) Nr. 117, 693 ff.; BGE 107 II 166, 168 E. 8.; BSK OR-HONSELL, Art. 199 N 6; BK OR-GIGER, Art. 199 N 10 je m.w.H.

690 BK OR-BECKER, Art. 199 N 5.

691 BGer 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005, E. 1.5; BGer 4C.26/2000 vom 6. September 2000, E. 2.a)bb); BGE 106 II 346, 351 E. 4.a).

wendungszweck zu vereiteln oder erheblich zu beeinträchtigen,⁶⁹² ist von einem arglistigen Verschweigen auszugehen, welches die Ungültigkeit der Freizeichnungsklausel bewirkt. Gleiches gilt, wenn der Verkäufer die Mängel zwar nicht genau kennt, aber den dringenden Verdacht der Mangelhaftigkeit hegt, weil gewichtige Umstände auf deren Vorhandensein hinweisen.⁶⁹³ Das die Arglist begründende Verhalten liegt dabei in der Spekulation des Verkäufers, der Käufer werde bis zum Vertragsschluss, die Mängel nicht erkennen und so in den für ihn schädlichen Gewährleistungsausschluss einwilligen.⁶⁹⁴

Anders verhält es sich, wenn der Verkäufer nach Treu und Glauben annehmen darf, dass der Käufer den wahren Sachverhalt ohne Weiteres erkennen wird.⁶⁹⁵ Nach Auffassung des Bundesgerichts muss der Käufer in der Lage sein, «zu wissen, wie sich der Mangel auf die Gebrauchsfähigkeit der Sache auswirkt, ob er heilbar ist, welche Aufwendungen zu seiner Behebung notwendig sind und insbesondere, was in grossen Umrissen dafür an Arbeit, Zeit und Geld erforderlich ist».⁶⁹⁶ Diese Regelung korrespondiert mit Art. 200 Abs. 2 OR, wonach der Verkäufer für Mängel, die der Käufer bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, nur haftet, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat.⁶⁹⁷ An die vom Käufer zu erwartende Aufmerksamkeit ist vor Vertragsschluss grundsätzlich keine hohen Anforderungen zu stellen, weil es zur Wahrung seiner Sachmängelgewährleistungsrechte genügt, wenn er die Ware nach Empfang prüft, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang tunlich ist (Art. 201 Abs. 1 OR).⁶⁹⁸

Schliesslich ist festzuhalten, dass sich die Ungültigkeit eines (generellen) Haftungsausschlusses nur auf diejenigen Mängel bezieht, die der Verkäufer hätte offenbaren müssen. Für diejenigen, die er nach Treu und Glauben nicht zu kennen brauchte und somit nicht arglistig verschweigen konnte, bleibt der

692BGer 4C.26/2000 vom 6. September 2000, E. 2.a)bb).

693BK OR-BECKER, Art. 199 N 5.

694BK OR-BECKER, Art. 199 N 6.

695BGer 4A_648/2012 vom 25. Februar 2013, E. 3.; BGer 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005, E. 1.5.; BGE 116 II 431, 434 E. 3.a); BK OR-GIGER, Art. 199 N 43; ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 199 N 65.

696BGE 66 II 132, 137 E. 5.

697BGer 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005, E. 1.5.

698BGer 4C.16/2005 vom 13. Juli 2005, E. 1.5.; s.o. S. 109 f.

Haftungsausschluss grundsätzlich gültig.⁶⁹⁹ Hinsichtlich des arglistig verschwiegenen Mangels ist nicht nur der Haftungsausschluss ungültig, sondern es kommt zusätzlich die allgemeine zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 127 OR anstelle der kürzeren zweijährigen Frist zur Anwendung (vgl. Art. 210 Abs. 1 u. 6 OR).⁷⁰⁰

2. Ungültige Freizeichnung für zugesicherte Eigenschaften

Unabhängig davon, wie sich die Parteien eines Kaufvertrags zusammensetzen (b2b, b2c, c2c), darf sich eine Wegbedingung der Sachmängelgewährleistung zudem nicht auf den Bestand zugesicherter Eigenschaften beziehen. Auch dies gilt unabhängig davon, ob die Freizeichnung individualvertraglich oder mittels AGB geschieht. Nach Treu und Glauben darf der Käufer einer Zusicherung den Sinn beimessen, dass dadurch mindestens einzelne gesetzliche Gewährleistungspflichten des Verkäufers begründet werden sollten.⁷⁰¹ Eine generelle Wegbedingung der Sachmängelgewährleistung stünde folglich im Widerspruch zur durch die Zusicherung begründeten Vertrauensgrundlage; die Zusicherung würde bedeutungslos.⁷⁰² Will der Verkäufer das Risiko für eine bestimmte Eigenschaft der Kaufsache nicht tragen, muss er dies dem Kunden ausdrücklich zur Kenntnis bringen, sodass diesem die Unverbindlichkeit der Gegenstandsbeschreibung vor Augen geführt wird und keine relevante Vertrauensgrundlage mehr schafft.⁷⁰³ Dann handelt es sich bei der Erklärung allerdings um eine Anpreisung und nicht um eine Zusicherung.⁷⁰⁴

Erwog das Bundesgericht in BGE 73 II 218 noch, dass sich eine Freizeichnungsklausel auch auf eine zugesicherte Eigenschaft der Kaufsache beziehen könne, wenn der Verkäufer dies «unmissverständlich zum Ausdruck bringe»,⁷⁰⁵ präziserte es in BGE 109 II 24, dass die Abgabe einer Zusicherung die Geltung einer Freizeichnungsklausel

699 Vgl. aus dem dt. Recht BeckOK BGB-FAUST, § 444 N 15.

700 BGE 4A_301/2010 vom 7. September 2010, E. 3.2; BGE 107 II 231, 232 f. E. 3.b); TRAN, SJ 2013 II, 106; CAVIN, 108 f.

701 KELLER/SIEHR, 116.

702 LÖRTSCHER, 252 ff.; BK OR-GIGER, Art. 199 N 20 f.; DERS., 153; ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 N 83; KELLER/SIEHR, 116; vgl. aus der dt. Rechtsprechung ferner das sog. *Klebstoff*-Urteil des BGH vom 29.5.1968 – VIII ZR 77/66 = NJW 1968, 1622, 1624 f.

703 Vgl. FURRER R., 84.

704 BGE 109 II 24, 24 E. 4.; vgl. auch LÖRTSCHER, 253.

705 BGE 73 II 218, 225 E. 3.

sel hinsichtlich der zugesicherten Eigenschaft ausschliesse. In jenem Fall, vertraute die Käuferin eines Gebrauchtwagens auf die Auskunft des Autoverkäufers bezüglich des genauen Kilometerstands des zu erwerbenden Fahrzeugs. Nachdem sich diese Auskunft als nicht korrekt erwiesen hatte, berief sich der Verkäufer auf eine Freizeichnungsklausel. Das Bundesgericht erwog, der Verkäufer hätte nach Treu und Glauben damit zu rechnen gehabt, dass die Käuferin auf seine Auskunft vertraue. Folglich könne er sich nicht mehr auf die allgemeine Freizeichnungsklausel des Formularvertrages berufen; dazu hätte er der Käuferin unmissverständlich erklären müssen, er wolle sich bei seinen Angaben nicht behaften lassen, eine Zusicherung also nicht geben sei, womit der Käuferin klar gewesen wäre, dass sie das Risiko eines von der Erklärung abweichenden Kilometerstandes trage.

Hierzu ist anzumerken, dass es durchaus denkbar ist, dass der Verkäufer zwar eine bestimmte Eigenschaft zusichert, im Falle, dass die Zusicherung nicht zutreffen sollte, die Wandelung aber ausgeschlossen sein soll. Diese Freizeichnungsvariante ist m.E. nicht rechtsmissbräuchlich, da der Verkäufer grundsätzlich immer noch für die abgegebene Zusicherung haftet. Einem teilweisen Ausschluss der Sachmängelgewährleistungsrechte, d.h. einer Beschränkung der Rechtsbehelfe, steht die Abgabe einer Zusicherung somit nicht entgegen.

Auch hier ist festzuhalten, dass sich die Ungültigkeit eines individuell vereinbarten (generellen) Haftungsausschlusses nur auf die zugesicherten Eigenschaften bezieht. Hinsichtlich körperlicher oder rechtlicher Mängel, die den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern, bleibt der Haftungsausschluss grundsätzlich gültig.

3. Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit ?

Umstritten ist die Frage, ob im Bereich der Sachmängelgewährleistung die Freizeichnung auch für *grobe Fahrlässigkeit* unzulässig ist. Dies hängt davon ab, ob man Art. 199 OR als *lex specialis* zu Art. 100 Abs. 1 OR betrachtet oder ob man die Bestimmungen parallel zur Anwendung kommen lässt.⁷⁰⁶ Für den Fall, dass Art. 199 OR allein zur Anwendung käme, würde dies be-

⁷⁰⁶Die Unzulässigkeit einer solchen Freizeichnung bejahend BK OR-GIGER, Art. 199 N 6; DERS., 152; BSK OR-WIEGAND, Art. 100 N 3 f.; ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 199 N 30a; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 376; HUGUENIN, N 2643 f.; BUOL, N 281 ff.; LÖRTSCHER, 144 ff.; ARNET, AJP 2000, 1166 f.; a.A. etwa BSK OR-HONSELL, Art. 199 N 1; offen gelassen in BGE 107 II 161, 166 E. 7.b).

deuten, dass sich der Verkäufer selbst für grobfahrlässiges Verhalten noch von der Sachmängelgewährleistung (insb. auch für die Verursachung von unmittelbarem Schaden) gültig freizeichnen könnte, während eine Freizeichnung für anderweitige grobe Fahrlässigkeit bei der Vertragserfüllung nach Art. 100 Abs. 1 OR ungültig wäre.⁷⁰⁷ Hier ist darauf hinzuweisen, dass sich die beiden Bestimmungen auf jeweils verschiedene Aspekte der Geschäftsabwicklung konzentrieren. Art. 199 OR bezieht sich nur auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, wohingegen Art. 100 OR sich v.a. auf die Zeit danach, namentlich auf die Erfüllung, konzentriert.⁷⁰⁸ Nach meinem Dafürhalten sollte sich Art. 100 Abs. 1 OR auch auf die Freizeichnung von der Sachmängelgewährleistung erstrecken und lediglich eine Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit zulässig sein.⁷⁰⁹ Auch diese Einschränkung besteht unabhängig davon, wie sich die Parteien eines Kaufvertrags zusammensetzen (b2b, b2c, c2c) und ob die Freizeichnungsklausel individualvertraglich oder mittels AGB vereinbart wird.

Zeichnet sich der Verkäufer von jeglicher Haftung frei, obgleich nur ein Ausschluss für leichtes Verschulden zulässig wäre, so ist die Freizeichnungsklausel ungültig. Es stellt sich hinsichtlich der Rechtsfolgen dann die Frage, ob der Verkäufer auch für leichte oder mittlere Fahrlässigkeit haftet.

Im Bereich des AGB-Rechts, wo eine geltungserhaltende Reduktion – in dem Sinne, dass die Freizeichnung nur insoweit ungültig ist, als sie das erlaubte Verschuldensmass übersteigt – unter dem Gesichtspunkt der Verhinderung stark einseitiger Klauseln abzulehnen ist, wäre die Klausel wohl insgesamt ungültig. Der Verkäufer würde demnach auch für leichte Fahrlässigkeit haften.

Haben die Parteien die Freizeichnungsklausel individualvertraglich vereinbart, wäre die ungültige Klausel im Einzelfall wohl entsprechend dem hypothetischen Parteiwillen geltungserhaltend zu ersetzen, sodass die Freizeichnung für leichte oder mittlere Fahrlässigkeit u.U. nach wie vor Bestand hätte.⁷¹⁰

⁷⁰⁷ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 199 N 30.

⁷⁰⁸Vgl. BK OR-GIGER, Art. 199 N 6; DERS., 152; HUGUENIN, N 2644.

⁷⁰⁹Vgl. ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 199 N 33 f.

⁷¹⁰Vgl. zum Ganzen BSK OR-WIEGAND, Art. 100 N 3 f.; a.A. SCHWENZER, N 24.08, die die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion wohl auch bei individuellen Vereinbarungen ausschliesst.

4. Ungültige Verkürzung der Verjährungsfrist in b2c-Verträgen

4.1 *Zwingende Mindestverjährungsfristen nach Art. 210 Abs. 4 OR*

Der Schweizer Gesetzgeber hat per 1. Januar 2013 zwecks Steigerung des Konsumentenschutzes⁷¹¹ neu zwingende Mindestfristen für die Verjährung von Klagen auf Sachmängelgewährleistung in Kraft gesetzt. Nach Art. 210 Abs. 4 OR darf die Verjährungsfrist beim Kauf *neuer Sachen* auf nicht weniger als *zwei Jahre*, bei *gebrauchten Sachen* auf nicht weniger als *ein Jahr* verkürzt werden (lit. a), sofern der Kaufgegenstand für den *persönlichen oder familiären Gebrauch* bestimmt ist (lit. b) und der Verkäufer im Rahmen seiner *beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit* handelt (lit. c).

4.2 *Persönlicher Anwendungsbereich*

Der persönliche Anwendungsbereich der Regelung ergibt sich aus den Art. 210 Abs. 4 lit. b und c OR und erstreckt sich ausschliesslich auf Geschäfte, bei denen der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt und die Kaufsache für den persönlichen oder der privaten Gebrauch des Käufers bestimmt ist.

Der Gesetzgeber wollte die Anwendung auf den Geschäftsverkehr zwischen gewerblichen Verkäufern und Konsumenten (b2c) beschränken. Aus den parlamentarischen Debatten geht hervor, dass auch darüber diskutiert wurde, den Geltungsbereich auf Käufer zu erweitern, die «im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit» handeln.⁷¹² Diese Erweiterung auf b2b-Geschäfte wurde im Nationalrat jedoch knapp – mit Stichentscheid des Präsidenten – abgelehnt.⁷¹³ Im anschliessenden Differenzbereinigungsverfahren folgte der Ständerat dem Beschluss des Nationalrats, womit die Anwendung auf b2b-Verträge ausgeschlossen blieb.⁷¹⁴

⁷¹¹So schon im Titel der von NR LEUTENEGER OBERHOLZER eingereichten parlamentarischen Initiative (06.490) festgehalten.

⁷¹²So etwa BR SOMMARUGA (AB S 2011 1051).

⁷¹³Vgl. u.a. die der Entscheidung vorangegangenen Voten von NR STAMM (AB N 2012 41), NR GUHL (AB N 2012 42) und NR HUBER (AB N 2012 43).

⁷¹⁴Vgl. AB S 2012 67 ff.

Da nach Art. 210 Abs. 4 lit. c OR der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit auftreten muss und die Gesetzgebungsmaterialien keine anderslautende Interpretation zulassen, werden Privatverkäufe unter Konsumenten (c2c-Verträge) ebenfalls nicht von der Bestimmung erfasst.⁷¹⁵

4.3 Sachlicher Anwendungsbereich

Da sich Art. 210 Abs. 4 OR – anders als etwa Art. 8 UWG – nicht auf AGB beschränkt, kommt der Bestimmung unabhängig davon zur Anwendung, ob die Parteien die Verjährungsfrist individualvertraglich oder mittels AGB verändern.

Wo eine vertragliche Änderungsabrede allerdings mittels AGB stattfindet, ist sie zusätzlich der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG unterworfen, wobei daran zu erinnern ist, dass der Verstoß gegen zwingendes Recht auch immer ein Verstoß gegen Art. 8 UWG darstellt.⁷¹⁶

Sachlich unterscheidet Art. 210 Abs. 4 OR zwischen neuen und gebrauchten Sachen, wobei die Mindestverjährungsfrist bei neuen Sachen zwei Jahre beträgt (Art. 210 Abs. 4 lit. a 1. Teilsatz OR). Bei gebrauchten Sachen beträgt sie standardmässig ebenfalls zwei Jahre, darf von den Parteien aber bis auf ein Jahr verkürzt werden (Art. 210 Abs. 4 lit. a 2. Teilsatz OR).

Damit stellt sich die Frage, wann eine Sache als gebraucht angesehen werden kann bzw. wer über die Einteilung in «neu» und «gebraucht» entscheidet. Darf der Verkäufer beispielsweise eine Sache als «gebraucht» anpreisen, um damit Raum für eine vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist zu schaffen? Schliesslich ist es ja an den Parteien, die geschuldete Leistung zu beschreiben. Demnach müsste es ihnen auch offenstehen, frei zu vereinbaren, ob die Sache als «neu» oder als «gebraucht» verkauft gelten soll. Hiernach wird sich die Frage in vielen Fällen von selbst klären,⁷¹⁷ namentlich dort, wo eine Sache explizit als «neu» bzw. als «gebraucht» angepriesen wird oder der Käufer nach Treu und Glauben von Neuware bzw. von Gebrauchtware ausgehen kann.⁷¹⁸

⁷¹⁵Gl.A. DEDUAL, 78.

⁷¹⁶S.o. S. 59.

⁷¹⁷SCHWIZER/WOLFER, AJP 2012, 1762; DEDUAL, 79.

⁷¹⁸Wer ins Kaufhaus geht, wird i.d.R. davon ausgehen dürfen, dass die dort angebotenen Waren neu sind, sofern sie nicht ausdrücklich als Gebrauchtwaren deklariert sind. Ebenso wird der Käufer bei einem Gebrauchtwagenhändler nicht davon ausgehen dürfen, dass er einen Neuwagen bekommt.

Allerdings gilt es zu beachten, dass die in Art. 210 Abs. 4 lit. a OR definierte Mindestverjährungsfrist für neue Sachen beim Verkauf von gebrauchten Sachen nur deshalb unterschritten werden darf, weil es bei jenen Geschäften unverhältnismässig erscheint, dem Verkäufer eine zweijährige Gewährleistungspflicht aufzubürden. Handelt es sich hingegen objektiv betrachtet um eine neue Sache, soll der Verkäufer auch mindestens während zweier Jahre für ihre Mängelfreiheit Gewähr leisten, wie es der Gesetzgeber verlangt. Um eine Aushöhlung des Zwecks dieser Bestimmung zu vermeiden, sollte der Begriff der «gebrauchten Sache» nach meinem Dafürhalten daher nach objektiven Kriterien zu bestimmen sein.⁷¹⁹ Dabei wäre massgebend, ob dem konkreten Kaufgegenstand die für neue Sachen typische Erwartung der Mängelfreiheit entgegengebracht werden darf.⁷²⁰ «Gebraucht» wären danach typischerweise Sachen, die bereits einmal bestimmungsgemäss benutzt wurden und aufgrund ihrer Nutzung einem erhöhten Sachmängelrisiko ausgesetzt sind.⁷²¹ Eine Sache kann aber auch als gebraucht gelten, wenn ihr infolge langer Lager- bzw. Standzeit ein erhöhtes Sachmängelrisiko inhärent ist. Es bleibt festzuhalten, dass der Verkäufer eine ungebrauchte Sache – zumindest im Anwendungsbereich von Art. 210 Abs. 4 OR – eben nicht als «gebraucht» verkaufen darf, um sich so die Möglichkeit einer vertraglichen Verkürzung der Verjährungsfrist zu eröffnen.⁷²²

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass eine Einteilung in «neue» und «gebrauchte» Sachen nicht leichtfertig nach deren Alter geschehen sollte. Wo beispielsweise ein neu hergestelltes Fahrzeug, das während eines Jahres beim Händler ausgestellt, aber nicht bewegt wurde, bereits als gebraucht gelten kann,⁷²³ wird man dies bei einer Schrankwand wohl nicht behaupten können.⁷²⁴ Eine pauschale Einteilung nach dem

⁷¹⁹Vgl. aus dem dt. Recht etwa MüKo BGB-LORENZ, § 474 N 15.

⁷²⁰Vgl. aus dem dt. Recht Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-DAMMANN, Vorb § 309 Nr. 8 lit. b N 8.

⁷²¹Vgl. aus dem dt. Recht MüKo BGB-LORENZ, § 474 N 14; Staudinger-MATUSCHE-BECKMANN, § 475 N 90.

⁷²²Vgl. aus der dt. Rechtsprechung etwa BGH vom 15.11.2006 – VIII ZR 3/06, insb. Rz. 33 = NJW 2007, 674, 677; ebenso OLG Hamm vom 16.1.2014 – I-4 U 102/13 = BeckRS 2014, 04304, wonach sog. «B-Ware», bei der die Originalverpackung beschädigt wurde oder fehlt, sowie Artikel, die nur einmal ausgepackt und vorgeführt bzw. vom Kunden angesehen wurden, nicht als «gebraucht» bezeichnet werden dürfen, da sich das Mangelrisiko durch diese Umstände i.d.R. nicht erhöht.

⁷²³Vgl. aus dem dt. Recht MüKo BGB-LORENZ, § 474 N 16.

⁷²⁴Vgl. aus der dt. Rechtsprechung OLG Düsseldorf vom 12.7.1991 – 22 U 33/91 = NJW-RR 1991, 1464; Staudinger-MATUSCHE-BECKMANN, § 475 N 92; a.A. Ulmer/Brandner/Hensen-CHRISTENSEN, § 309 Nr. 8 N 25; Wolf/Lindacher/Pfeiffer⁶-DAMMANN, Vorb § 309 Nr. 8 lit. b N 8.

Alter wird den verschiedenen Arten und Gebrauchsmöglichkeiten von Waren jedenfalls nicht immer gerecht.⁷²⁵

4.4 Rechtsfolge bei unzulässiger Verkürzung

Liegt ein Anwendungsfall von Art. 210 Abs. 4 OR vor und wurde die gesetzliche Mindestverjährungsfrist durch eine vertragliche Abrede unterschritten, so ist diese Vertragsbestimmung ungültig und somit nichtig i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR. An die Stelle der ungültigen Vertragsbestimmung tritt sodann die gesetzliche Regelung, wonach beim Kauf einer neuen Sache die Verjährung des Sachmängelanspruchs regulär zwei Jahre beträgt (Art. 210 Abs. 1 und Abs. 4 lit. a 1. Teilsatz OR).

Bei einer ungültigen Verkürzung der Verjährungsfrist im Falle gebrauchter Sachen stellt sich die Frage, ob die reguläre zweijährige Verjährungsfrist für Klagen aus Sachmängelgewährleistung nach Art. 210 Abs. 1 OR zur Anwendung gelangt oder die einjährige Minimalfrist nach Art. 210 Abs. 4 lit. a 2. Teilsatz OR an die Stelle der nichtigen Vertragsbestimmung tritt.

Hatten die Parteien ungültige Vereinbarung individuell ausgehandelt, gibt es m.E. keinen Grund, dem Verkäufer – für eine vom Käufer mitgestaltete Vereinbarung – mit einer künstlich verlängerten Bindung zu bestrafen. Hier sollte die unzulässige Vereinbarung geltungserhaltend unter Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens auf das nach Art. 210 Abs. 4 lit. a OR zulässige Mindestmass reduziert werden können. Nach meinem Dafürhalten bestehen dabei auch keine Bedenken hinsichtlich der Rechtssicherheit, da das gesetzlich zulässige Mindestmass ja eindeutig aus Art. 210 Abs. 4 lit. a OR hervorgeht.⁷²⁶

5. Verkürzung der Verjährungsfrist in b2b- und c2c-Verträgen

5.1 Keine Anwendbarkeit von Art. 210 Abs. 4 OR

Verkürzen die Parteien die in Art. 210 Abs. 1 OR geregelte Verjährungsfrist, bedeutet dies für den Käufer eine zunehmende Verschlechterung seiner

⁷²⁵Man denke nur an eine gut gereifte Flasche Wein oder an abgelagertes Holz.

⁷²⁶Zu den Rechtsfolgen einer ungültigen Verkürzung der Verjährungsfrist mittels AGB s.u. S. 172.

Rechtsstellung, je kürzer die Frist ausfällt, da sich der Zeitraum zwischen dem Zeitpunkt, in dem der Käufer die Ware erhält und dem Zeitpunkt bis zu welchem er noch eine Klage auf Sachmängelgewährleistung erheben kann, verkleinert.⁷²⁷

In BGE 108 II 194, hatte das Bundesgericht eine vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist im Bereich der Werkmängelhaftung (Art. 371 Abs. 2 OR) zu beurteilen. Es erwog im Einklang mit der herrschenden Lehre, dass ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 129 OR, von den jeweiligen gesetzlichen Regeln zur Verjährung [und damit auch von den Verjährungsvorschriften nach Art. 210 OR]⁷²⁸ abweichende Absprachen zuzulassen seien, wobei jedoch im Allgemeinen der Vorbehalt anzubringen sei, dem Gläubiger dürfe durch eine Kürzung der Frist die Rechtsverfolgung nicht in unbilligerweise erschwert werden. Dies entspreche auch der bisherigen bundesgerichtliche Rechtsprechung.⁷²⁹

Aufgrund vorstehender Erwägungen sollte es im b2b- wie auch im c2c-Bereich, wo die zwingenden Bestimmungen von Art. 210 Abs. 4 OR nicht zur Anwendung gelangen, den Parteien möglich sein, die Verjährungsfrist individualvertraglich bis an die Schwelle der Rechtsmissbräuchlichkeit zu verkürzen. Diese Schwelle ist erst dann überschritten, wenn der Kaufvertrag dem Käufer zwar Sachmängelgewährleistungsrechte zubilligt, die Frist zu deren klageweiser Durchsetzung aber so kurz ausfällt, dass die Wahrnehmung der Sachmängelgewährleistungsrechte faktisch verunmöglicht bzw. die Rechtsverfolgung in unbilliger Weise – d.h. in einer gegen Treu und Glauben verstossenden Weise – erschwert wird.

5.2 *Rechtsfolge bei unzulässiger Verkürzung*

Eine ungültige, weil rechtsmissbräuchliche (Individual-)Vereinbarung sollte sodann geltungserhaltend unter Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens auf das zulässige Mindestmass reduziert werden können.

727Vgl. MEYER, N 208.

728Anmerkung des Verfassers.

729BGE 108 II 194, 196 E. 4.b) m.Verw. auf BGE 99 II 188 sowie BGE 63 II 180).

6. Verlängerung der Verjährungsfrist

Wollen die Parteien die Verjährungsfrist über die zweijährige Regelfrist hinaus verlängern, so ist dies ebenfalls möglich, da Art. 210 Abs. 1 OR diese Möglichkeit sogar explizit vorsieht. Allerdings gilt hier wiederum die vom Bundesgericht festgelegte Maximalgrenze, wonach die verlängerte Verjährungsfrist «die ordentliche gesetzliche Frist von zehn Jahren gemäss Art. 127 OR» nicht übersteigen dürfe.⁷³⁰

7. Wegbedingung der Sachmängelgewährleistung

7.1 *In b2b- und c2c-Verträgen*

In b2b- und c2c-Verträgen ist eine individualvertragliche Vereinbarung, wonach die Parteien die Sachmängelgewährleistung des Verkäufers aufheben, unter Vorbehalt der vorstehend erläuterten zwingenden Bestimmungen ohne Weiteres zulässig. Dies gilt sowohl für den generellen Ausschluss der Sachmängelgewährleistung als auch für den Ausschluss bloss einzelner Mängelrechte.

7.2 *In b2c-Verträgen – Verhältnis von Art. 210 Abs. 4 zu Art. 199 OR*

Bei b2c-Verträgen ergibt sich hingegen ein Problem aus dem Verhältnis von Art. 210 Abs. 4 OR zur Wegbedingung im Sinne von Art. 199 OR. Es stellt sich die Frage, ob bei b2c-Verträgen, wo eine Verkürzung der regulären zweijährigen Verjährungsfrist aufgrund Art. 210 Abs. 4 OR verboten ist, der generelle Ausschluss der Sachmängelgewährleistung erst recht verboten sein muss. Dass dem zumindest nach geltendem Recht nicht so ist, soll im Folgenden gezeigt werden:

a Grammatikalische Aspekte

Art. 210 Abs. 4 OR bezieht sich im Wortlaut ausschliesslich auf die «Verkürzung der Verjährungsfrist» und nicht auch auf die Möglichkeit der gene-

⁷³⁰BGE 99 II 185, 189 E. 2.a); BGE 56 II 424, 430 E. 4; vgl. ferner BGE 132 III 226, 240 E. 3.3.8 = Pra 95 (2006) Nr. 146, 1011 f.; s.a. BUCHER, recht 2006, 194 f.; für eine Verlängerung über zehn Jahre hinaus BENEDICK/VISCHER, Jusletter 4. September 2006, Rz. 22 u. 26.

rellen Freizeichnung von der Sachmängelgewährleistung.⁷³¹ Der Wortlaut von Art. 210 Abs. 4 OR steht einer Wegbedingung somit nicht im Weg. Es liegt jedoch auf der Hand, dass das Verbot der zeitlichen Einschränkung eines Anspruchs im Widerspruch zur Zulässigkeit seiner generellen Wegbedingung steht.

b Systematische und historische Aspekte

Der Ursprung des erwähnten Spannungsverhältnisses dieser beiden Bestimmungen liegt m.E. im Verlauf der Gesetzesrevision. Zu Beginn waren die Mindestfristen nämlich nicht in Art. 210 OR geregelt, sondern unter der Marginalie der Wegbedingung. Danach sollte der revidierte Art. 199 OR ursprünglich wie folgt lauten:

Eine Vereinbarung über Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist ungültig:

- a. wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat; oder
- b. wenn:
 - 1. sie die Verjährungsfrist auf weniger als zwei Jahre, bei gebrauchten Sachen auf weniger als ein Jahr verkürzt,
 - 2. die Sache für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Käufers bestimmt ist, und
 - 3. der Verkäufer im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.

Im nationalrätlichen Kommissionsbericht⁷³² wie auch in den anschliessenden parlamentarischen Debatten wurde allerdings stets hervorgehoben, dass die Möglichkeit zur Wegbedingung der Sachmängelgewährleistung erhalten bleiben müsse, unabhängig von der Möglichkeit der Verkürzung der Verjährungsfrist.⁷³³ In der Folge wurden die Bestimmungen zu den Mindestverjährungsfristen in den heutigen Art. 210 Abs. 4 OR verschoben und der Wort-

⁷³¹BerRK NR, BBl 2011, 2889 ff., 2896; GAUCH, recht 2011, 153 f.; KRAMER, recht 2013, 52; SCHWIZER/WOLFER, AJP 2012, 1762.

⁷³²BerRK NR, BBl 2011, 2889 ff., 2896.

⁷³³Vgl. u.a. die Voten von NR STAMM (AB N 2012 41), NR GUHL (AB N 2012 42), NR HUBER (AB N 2012 43), NR LEUTENEGGER OBERHOLZER (AB N 2012 44 u. 45), SR BISCHOF (AB S 2012 67), BR SOMMARUGA (AB S 2012 68).

laut wurde dahingehend angepasst, dass nicht mehr allgemein von «Aufhebung und Beschränkung der Gewährspflicht», sondern spezifisch von der «Verkürzung der Verjährungsfrist» die Rede ist.⁷³⁴ Aus der Entstehungsgeschichte lässt sich ablesen, dass die Räte zwischen der Freizeichnung und der Verkürzung der Verjährungsfrist einen Unterschied gemacht haben.⁷³⁵ Die Problematik, dass sich ein Verkäufer, der nur ein Jahr für Sachmängelgewährleistung eintreten möchte, eher für die generelle Freizeichnung entscheiden könnte,⁷³⁶ wurde in der Debatte hingegen weitgehend ignoriert.

c Fazit

Korrekterweise existiert zwar ein Unterschied zwischen der generellen Wegbedingung der Sachmängelgewährleistungsrechte und der zeitlichen Beschränkung ihrer klageweisen Durchsetzbarkeit, praktisch macht es aber wenig Sinn, die zeitliche Komponente zwingend auszugestalten, während eine generelle Wegbedingung möglich bleibt. KRAMER stellt diesbezüglich die treffende Frage, was die «schönste gesetzliche Garantierung der Verjährungsfrist» denn nütze, solange es dem Verkäufer offenstehe, den Anspruch gänzlich auszuschliessen, sodass gar nichts vorhanden sei, was verjähren könne.⁷³⁷ Dass dies die Konsequenz einer Revision unter dem Titel «Mehr Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten» sein könnte, ist m.E. unbefriedigend.

SCHWIZER/WOLFER fordern deshalb die Streichung von Art. 210 Abs. 4 OR und die Rückkehr zu den «liberalen Wurzeln des Obligationenrechts».⁷³⁸ DEDUAL schlägt hingegen eine Harmonisierung vor, wonach Art. 210 Abs. 4 OR als *lex specialis* zu Art. 199 OR verstanden werden müsse.⁷³⁹ Dies hätte zur Folge, dass die Freizeichnung von der Sachmängelgewährleistung im Bereich der b2c-Geschäfte zukünftig ausgeschlossen wäre. DEDUAL aner-

⁷³⁴Vgl. auch TRAN, SJ 2013 II, 112.

⁷³⁵GLA. DEDUAL, 82; vgl. auch GAUCH, recht 2011, 154 f.; SCHWIZER/WOLFER, AJP 2012, 1762; TRAN, SJ 2013 II, 111.

⁷³⁶Vgl. KRAMER, recht 2013, 52, der in der jetzigen Regelung einen regelrechten «Ansporn zur Gewährleistungsfreizeichnung» sieht; s.a. SCHWIZER/WOLFER, AJP 2012, 1765; TRAN, SJ 2013 II, 120.

⁷³⁷KRAMER, recht 2013, 52; s.a. DEDUAL, 95, wonach das Verbot der Verkürzung logischerweise das Verbot der Wegbedingung bedinge.

⁷³⁸SCHWIZER/WOLFER, AJP 2012, 1765.

⁷³⁹DEDUAL, 93 ff.

kennt denn auch, dass ihr Harmonisierungsvorschlag dem Willen des Gesetzgebers zuwiderläuft, rechtfertigt ihre Lösung aber mit dem Argument der Praktikabilität und dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit.⁷⁴⁰ Eine ähnliche Lösung hatte zuvor schon GAUCH während des laufenden Gesetzgebungsverfahrens vorgeschlagen, wonach Art. 199 OR um ein Verbot der Gewährleistungsfreizeichnung in AGB – nach dem Vorbild des Miet- und Pachtrechts⁷⁴¹ – erweitert werden sollte.⁷⁴² M.E. ist es mit KRAMER zu halten, wonach aufgrund des klaren Bekenntnisses des Gesetzgebers zumindest die Möglichkeit der individualvertraglichen Freizeichnung *de lege lata* möglich bleibt.⁷⁴³

Wo der Verkäufer in b2c-Verträgen die Sachmängelgewährleistung mittels AGB ausschliesst, bleibt immerhin die Möglichkeit, solche Freizeichnungsklauseln über Art. 8 UWG zu prüfen.

III. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Weichen die Parteien mittels AGB von den gesetzlichen Regeln der Sachmängelgewährleistung ab, unterliegen sie zunächst den gleichen Einschränkungen wie bei der Individualvereinbarung. Hinzu kommen weitere durch das AGB-Recht begründete Einschränkungen, insbesondere müssen die Vereinbarungen in b2c- und c2c-Verträgen der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG standhalten.

Zunächst ist im Rahmen der *Geltungskontrolle* zu prüfen, ob die AGB korrekt einbezogen und somit überhaupt Vertragsbestandteil geworden sind.⁷⁴⁴ Insbesondere ist zu prüfen, ob der Käufer vorgängig die Möglichkeit zu deren zumutbarer Kenntnisnahme hatte.⁷⁴⁵ Dies hat unabhängig davon zu erfolgen, wie sich die Vertragsparteien zusammensetzen. In b2b-Verträgen werden jedoch geringere Anforderungen an die Zugänglichmachung von AGB gestellt.⁷⁴⁶

⁷⁴⁰DEDUAL, 95.

⁷⁴¹Vgl. Art. 256 Abs. 2 u. Art. 288 Abs. 2 OR.

⁷⁴²GAUCH, recht 2011, 154.

⁷⁴³KRAMER, recht 2013, 52 Fn. 5.

⁷⁴⁴S.o. S. 54 ff.

⁷⁴⁵S.o. S. 57 f.

⁷⁴⁶S.o. S. 56.

Wurden die AGB korrekt einbezogen, sind sich die Parteien aber über den Umfang bzw. die Bedeutung einzelner Klauseln uneinig, so ist der massgebliche Inhalt im Rahmen der *Auslegungskontrolle* festzustellen.⁷⁴⁷ Zudem haben AGB-Klauseln der *offenen* bzw. *verdeckten Inhaltskontrolle* standzuhalten.

Mit der Vereinbarung von Freizeichnungsklauseln verzichtet der Käufer auf Schutzrechte, die ihm im Fall mangelbehafteter Leistung verschiedene Wahlrechte und darauf basierend vertragliche Forderungen auf (teilweise) Rückgewähr oder kostenfreie Nachlieferung sowie auf Schadenersatz entstehen liessen.⁷⁴⁸ Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist für den Käufer nicht absehbar, ob und in welchem Umfang er dieser Schutzrechte allenfalls bedarf. Dort wo Freizeichnungsklauseln mittels AGB – insbesondere durch Globalübernahme – zum Vertragsbestandteil werden, besteht – auch infolge des Informationsgefälles zwischen Verkäufer und Käufer – für den Käufer ein Risiko, dass er die Konsequenzen einer Freizeichnungsklausel nur unzureichend wahrnimmt oder zumindest unterschätzt.

Im europäischen Unionsrecht wurde dem Problem des generellen Gewährleistungsausschlusses u.a. durch den Erlass der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie RL 1999/44/EG⁷⁴⁹ begegnet. Nach Art. 7 Abs. 1 RL 1999/44/EG sind sämtliche Vereinbarungen, welche den in der Richtlinie erlassenen «Mindestsockel von Verbraucherrechten»⁷⁵⁰ unmittelbar oder mittelbar ausser Kraft setzen, für den Verbraucher nicht bindend. Dies schliesst insbesondere eine generelle Freizeichnung von der Sachmängelgewährleistung aus und entzieht deren Regelungen im b2c-Bereich weitgehend der Parteidisposition.⁷⁵¹ Im deutschen Recht findet die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ihre Umsetzung v.a. in den Regeln zum Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB),⁷⁵² wobei insb. § 475 Abs. 1 BGB vertragliche Beschränkungen der Käuferrechte in sachlicher oder zeitlicher Hinsicht für unverbindlich erklärt.⁷⁵³

747S.o. S. 63 ff.

748Vgl. KAMM, 117.

749ABl. Nr. L 171 vom 7.7.1999 S. 12–16.

750E. 5 RL 1999/44/EG.

751MICKLITZ, EuZW 1999, 489.

752M.w.H. etwa Staudinger-MATUSCHE-BECKMANN, Vorbemerkungen zu den §§ 474 ff. N 1.

753M.w.H. Staudinger-MATUSCHE-BECKMANN, § 475 N 19; MüKo BGB-LORENZ, § 475 N 1; BeckOK BGB-FAUST, § 475 N 2.

1. Wegbedingung der Sachmängelgewährleistung in b2b-Verträgen

Im Bereich der b2b-Verträge findet lediglich eine «verdeckte» *Inhaltskontrolle* statt, die auf der Ungewöhnlichkeit der fraglichen Klausel fusst.⁷⁵⁴ Da die weite Verbreitung von Gewährleistungsausschlüssen in der Praxis als notorisch gilt, wird sich der gewerblich tätige Käufer allerdings nur schwer auf die Ungewöhnlichkeit einer solchen Klausel berufen können. Im Ergebnis dürfte es für den gewerblich tätigen Käufer in Bezug auf den Schutz vor einseitigen Abänderungen der gesetzlichen Regeln zur Sachmängelgewährleistung zugunsten des Verkäufers daher kaum einen Unterschied machen, ob Freizeichnungsklauseln individuell ausgehandelt oder mittels AGB vereinbart werden. Sollte die Ungewöhnlichkeit einer Freizeichnungsklausel dennoch einmal bejaht werden, hat dies deren Unwirksamkeit zur Folge, da sie nicht vom Konsens der Parteien erfasst war und somit nicht Vertragsbestandteil wurde.⁷⁵⁵

2. Wegbedingung der Sachmängelgewährleistung in b2c- und c2c-Verträgen

Natürliche Personen, die nicht im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit auftreten, gelten als Konsumenten im Sinne von Art. 8 UWG. Ändert der Verkäufer die Regelung der Sachmängelgewährleistung in einem Vertrag mit einem Konsumenten mittels AGB, stellt sich die Frage, ob die Abänderung einer offenen Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG standhält.

2.1 Feststellung des erheblichen Missverhältnisses

In einem Kaufvertrag stehen sich die Pflicht des Käufers, dem Verkäufer den geschuldeten Kaufpreis zu bezahlen und die Pflicht des Verkäufers, dem Käufer den Besitz und das Eigentum an einem mängelfreien Kaufgegenstand zu verschaffen, gegenüber. Das Interesse des Käufers, einen mängelfreien Kaufgegenstand zu erhalten, wird dabei durch die gesetzlichen Regeln der Sachmängelgewährleistung geschützt. Geht man davon aus, dass das für einen Verstoß gegen Art. 8 UWG vorausgesetzte Missverhältnis zwischen

⁷⁵⁴S.o. S. 60 ff. u. 85.

⁷⁵⁵BGE 133 III 607, 610 E. 2.2.; BGE 119 II 443, 446 E. 1.a); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1136 ff. m.w.H.

den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien am dispositiven Recht als Referenzgrösse anknüpft, liegt bei einer generellen Wegbedingung der Sachmängelgewährleistung eine erhebliche Abweichung vom dispositiven Recht vor. Zeichnet sich der Verkäufer von seiner Pflicht, dem Käufer den Kaufgegenstand in mängelfreiem Zustand zu verschaffen, gänzlich frei, wird der beschriebene Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien in krasser Weise gestört, womit nach meinem Dafürhalten ein erhebliches Missverhältnis vorliegt, welches einen Verstoss gegen Treu und Glauben impliziert.⁷⁵⁶

Es stellt sich dann die Frage, ob das erhebliche Missverhältnis durch besondere Umstände kompensiert werden kann, sodass es dennoch gerechtfertigt wäre. Dabei ist zu beachten, dass die Möglichkeit einer Kompensation nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich nur in einem engen sachlichen Zusammenhang möglich sein soll und zudem eines konkreten Vorteils bedarf, es sich mithin um einen echten Ausgleich des Missverhältnisses handelt.⁷⁵⁷

2.2 Kompensation durch Gewährung eines Nachbesserungsrechts

Die Vereinbarung eines vertraglichen Nachbesserungsrechts hat eine erhebliche praktische Bedeutung. Häufig gewähren AGB-Verwender ihren Kunden ein exklusives Nachbesserungsrecht unter Wegbedingung der gesetzlichen Gewährleistungsordnung, um zu verhindern, dass der Käufer im Falle mangelhafter Lieferung die Wandelung oder eine Kaufpreisminderung geltend macht.

Da der generelle Ausschluss der gesetzlichen Sachmängelgewährleistungsrechte im Anwendungsbereich des Art. 8 UWG aufgrund vorstehender Erwägungen ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten zum Nachteil des Käufers bewirkt, stellt sich die Frage, ob dieses Missverhältnis durch die Gewährung eines Nachbesserungsrechts zugunsten des Käufers kompensiert werden kann.

Die Gewährung eines exklusiven Nachbesserungsrechts steht dem Hauptinteresse des Käufers, nämlich den Besitz und das Eigentum an einem mängelfreien Kaufgegenstand zu erhalten, grundsätzlich nicht entgegen. Im Gegen-

⁷⁵⁶Vgl. o. S. 87.

⁷⁵⁷Zur Kompensation s.o. S. 94 ff.

teil, wird mit der Nachbesserung doch die Realerfüllung des Kaufvertrages angestrebt. Dass der Käufer nicht mehr zwischen Wandelung, Minderung (und Ersatzlieferung) wählen kann, stellt zwar eine Einschränkung dar, dies allein sollte einer Kompensation m.E. jedoch nicht entgegenstehen.⁷⁵⁸

Eine pauschale Beantwortung der Kompensationsfrage ist indessen gar nicht möglich, da ein vertragliches Nachbesserungsrecht je nach Art der Vereinbarung an unterschiedliche bzw. zusätzliche Voraussetzungen geknüpft sein kann. Ob das gewährte Nachbesserungsrecht eine ausreichende Kompensation für die Wegbedingung der gesetzlichen Sachmängelgewährleistungsrechte darstellt, hängt somit massgeblich von dessen Geltungsvoraussetzungen, dessen inhaltlicher Ausgestaltung, sowie dessen Verjährung ab.

Grundsätzlich muss das Nachbesserungsrecht die gleichen Mängel abdecken, wie sie in Art. 197 Abs. 1 OR umschrieben sind. Eine sachliche Einschränkung stünde einem Ausgleich des durch die Wegbedingung der gesetzlichen Sachmängelgewährleistungsrechte entstandenen Missverhältnisses entgegen. Da nach der hier vertretenen Auffassung zudem nur eine enge Kompensation zulässig sein soll, wäre eine sachliche Beschränkung auf bestimmte, ausgewählte Mängel auch nicht durch eine längere Rügefrist (zeitlicher Aspekt der Risikobeschränkung) auszugleichen.⁷⁵⁹ Nach meinem Dafürhalten dürfen auch keine anderen bzw. zusätzlichen Geltungsvoraussetzungen, wie etwa eine kostenpflichtige regelmässige Überprüfung der Kaufsache durch einen Fachbetrieb, verlangt werden. Dies würde im Vergleich zu den gesetzlichen Sachmängelgewährleistungsrechten eine zusätzliche Belastung des Käufers darstellen und einer Kompensation entgegenstehen. Aus demselben Grund müssen auch die mit der Nachbesserung verbundenen Kosten (insb. Transport-, Lager- und Reparaturkosten) vom Verkäufer übernommen werden.

Weiter sollten die gleichen oder längere Prüfungs-, Rüge- und Verjährungsfristen verlangt sein. Eine kürzere Verjährungsfrist wäre allenfalls dort möglich, wo sie mit einer längeren Rügefrist (enge Kompensation, da beides die zeitliche Komponenten betrifft) ausgeglichen wird, sofern dadurch nicht die

⁷⁵⁸Vgl. o. die Ausführungen zum Nachlieferungsrecht beim Platzkauf (S. 122) sowie u. zum Ausschluss einzelner Gewährleistungsrechte (S. 168 f.).

⁷⁵⁹S.o. S. 94 ff.

zwingenden Mindestverjährungsfristen nach Art. 210 Abs. 4 OR unterlaufen werden.⁷⁶⁰

Eine Schlechterstellung kann zudem in Bezug auf die Geltendmachung von Schadenersatz bestehen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung haftet der Verkäufer auch ohne Verschulden für Mangelfolgeschäden, sofern diese als direkte Folge des Mangels erscheinen.⁷⁶¹ Da sich die Durchsetzung eines Nachbesserungsanspruchs nach Art. 97 ff. OR richten müsste und der Schadenersatzanspruch folglich auf Art. 103 OR gründete, wäre dieser aber abhängig vom Verschulden des Verkäufers.⁷⁶² Nach meinem Dafürhalten müssten die Parteien daher zusätzlich zum Nachbesserungsrecht einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch zugunsten des Käufers hinsichtlich aller direkt durch den Mangel verursachten Schäden vereinbaren, um den Verlust der gewährleistungsrechtlichen Schadenersatzansprüche zu kompensieren.

Werden die vorgenannten Aspekte bei der Vereinbarung eines exklusiven Nachbesserungsrechts respektiert, sollte dieses die Wegbedingung der gesetzlichen Gewährleistungsregeln kompensieren.

2.3 *Kompensation mittels Garantieversprechen*

In der Praxis ebenfalls weit verbreitet, ist die Abgabe eines Garantieversprechens durch den Verkäufer. Garantieversprechen gewähren dem Käufer normalerweise einen Nachbesserungs- und/oder Nachlieferungsanspruch, wobei die Wahl, ob nachgebessert oder andere wahrhafte Ware geliefert wird, häufig dem Verkäufer vorbehalten bleibt. Ferner zeichnen sich Garantien dadurch aus, dass der Verkäufer i.d.R. auch für Mängel haftet, die erst nach Gefahrübergang während laufender Garantiedauer eintreten. Zudem werden die strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten des Sachmängelgewährleistungsrechts bei einer Garantie normalerweise auf die ganze Garantiedauer erweitert.

Bezieht sich die Garantie auf die Eigenschaften des Kaufgegenstands selbst – und nicht etwa auf einen über den Kaufgegenstand hinausgehenden Erfolg –,

⁷⁶⁰S.o. S. 153.

⁷⁶¹BGE 133 III 257 (Mülleramazonen-Papageien); m.w.H. und krit. Anmerkungen s.o. S. 118 f.

⁷⁶²S.o. S. 124 f.

ist sie als *unselbstständige Garantie* zu qualifizieren.⁷⁶³ Der Begriff «Garantie» ist dabei nicht ganz unproblematisch, weil er dem Käufer in aller Regel eine Besserstellung gegenüber dem Gesetzesrecht suggeriert,⁷⁶⁴ was so aber nicht zutrifft, da eine Garantie meist exklusiv – d.h. anstelle der gesetzlichen Sachmängelgewährleistungsrechte – gewährt wird.⁷⁶⁵ Da der generelle Ausschluss der gesetzlichen Sachmängelgewährleistungsrechte im Anwendungsbereich des Art. 8 UWG – wie bereits erläutert⁷⁶⁶ – ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten zum Nachteil des Käufers bewirkt, stellt sich die Frage, ob dieses Missverhältnis durch die Gewährung eines Garantieversprechens zugunsten des Käufers kompensiert werden kann.

Wie schon beim Nachbesserungsrecht ist eine pauschale Beantwortung der Kompensationsfrage auch bezüglich des Garantieverprechens nicht möglich, da es je nach Art der Vereinbarung an unterschiedliche bzw. zusätzliche Voraussetzungen geknüpft sein kann. Ob die gewährte Garantie eine ausreichende Kompensation für die Wegbedingung der gesetzlichen Sachmängelgewährleistungsrechte darstellt, hängt von ihren Geltungsvoraussetzungen, ihrer inhaltlichen Ausgestaltung, sowie ihrer klageweisen Durchsetzbarkeit (insb. den Verjährungsbedingungen) ab.

Die Abgabe eines Garantieverprechens durch den Verkäufer steht dem Hauptinteresse des Käufers, den Besitz und das Eigentum an einem mängelfreien Kaufgegenstand zu erhalten, nicht entgegen. Auch hier wird mit der Nachbesserung bzw. Nachlieferung die Realerfüllung des Kaufvertrages angestrebt. Dass der Käufer die Art der Mängelbeseitigung nicht frei wählen kann, stellt eine Einschränkung dar, die einer Kompensation m.E. jedoch nicht entgegensteht.

Grundsätzlich muss die Garantie die gleichen Mängel abdecken, wie sie in Art. 197 Abs. 1 OR umschrieben sind. Eine sachliche Einschränkung – etwa eine Beschränkung auf bestimmte Teile – stünde einem Ausgleich des durch die Wegbedingung der gesetzlichen Sachmängelgewährleistungsrechte – welche sich auf den Kaufgegenstand als Ganzes beziehen – entstandenen Missverhältnisses entgegen. Allenfalls liesse sich eine Beschränkung auf

763ZK OR-SCHÖNLE/HIGI, Art. 197 N 105 ff.; m.w.H. s. auch LIPS, 7 ff.

764BGE 91 II 344, 348 E. 2.a).

765Vgl. LIPS, 10 Fn. 33; BUOL, N 217 ff.

766S.o. S. 163 f.

bestimmte Teile der Kaufsache jedoch mit einer bei Garantien üblichen Erweiterung des zeitlichen Mangelbegriffs (Haftung für Mängel, die erst nach Gefahrübergang während laufender Garantiedauer entstehen) ausgleichen. Da es sich hierbei um eine Kompensation im Bereich des Mangelbegriffs handelt, wäre wohl auch der geforderte Sachzusammenhang gegeben. Weiter dürfen keine anderen bzw. zusätzlichen Geltungsvoraussetzungen oder Kostenübernahmen verlangt werden. Dies würde im Vergleich zu den gesetzlichen Sachmängelgewährleistungsrechten eine zusätzliche Belastung des Käufers darstellen und einer Kompensation entgegenstehen.

Problematisch dürfte jeweils die Regelung in Bezug auf Schadenersatz sein, da Garantien normalerweise jegliche Haftung für Schadenersatz ausschliessen. Entsprechend müsste zumindest der Wegfall der im Sachmängelgewährleistungsrecht geltenden Kausalhaftung nach Art. 208 Abs. 2 OR kompensiert werden. Werden die vorgenannten Aspekte ausreichend berücksichtigt, sollte ein Garantieversprechen das durch die Wegbedingung der Sachmängelgewährleistungsrechte entstandene erhebliche Missverhältnis m.E. ausreichend kompensieren können.

Auf die Frage, wie weit eine *Herstellergarantie* die Wegbedingung der gesetzlichen Gewährleistungsregeln seitens des Verkäufers zu kompensieren vermag (Zulässigkeit einer *Drittkompensation*), soll hier nicht eingegangen werden, da dies den Umfang der Arbeit sprengen würde.⁷⁶⁷

2.4 *Rechtsfolge bei ungenügender Kompensation*

Vermag das erhebliche Missverhältnis nicht durch im Sinne der obenstehenden Erwägungen gerechtfertigt werden, liegt ein Verstoss gegen Art. 8 UWG vor, womit die Vereinbarung nichtig ist.⁷⁶⁸ An ihre Stelle müsste dispositives Gesetzesrecht treten, was bedeuten würde, dass dem Käufer die gesetzlichen Gewährleistungsregeln wiederum im vollen Umfang zur Verfügung stünden.

2.5 *Teilweise Wegbedingung – Ausschluss einzelner Wahlrechte*

Teils möchten Verkäufer zwar grundsätzlich für Sachmängelgewährleistung eintreten, aber einzelne Wahlrechte ausschliessen. Häufig findet dies hin-

⁷⁶⁷S. hierzu SCHWIZER, Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen, Diss. St. Gallen 2016, Zürich/St. Gallen 2016, insb. N 215 ff.

⁷⁶⁸S.o. S. 96 f.

sichtlich der Wandelung statt, etwa weil der Verkäufer die mit der Rückabwicklung des Kaufvertrags verbundenen Unannehmlichkeiten – insbesondere die Übernahme von Transportkosten – scheut.⁷⁶⁹

Schliesst der Verkäufer einzelne Wahlrechte aus, hält er sonst aber an den Regelungen der gesetzlichen Sachmängelgewährleistung fest, stehen dem Käufer nach wie vor eines oder gar mehrere Rechte zur Verfügung, um den Verkäufer auf seine Gewährleistungspflicht zu behaften. Zwar wird der Käufer in seinen Wahlmöglichkeiten eingeschränkt, diese Einschränkung allein vermag m.E. aber noch kein erhebliches Missverhältniss zu schaffen, solange die verbleibenden Sachmängelgewährleistungsrechte ihm die Wahrung seiner Interessen grundsätzlich ermöglichen. Ein erhebliches Missverhältnis im Sinne von Art. 8 UWG bestünde nach meinem Dafürhalten erst, wenn die verbleibenden Wahlrechte typischerweise ins Leere laufen würden.⁷⁷⁰

3. Verkürzung der Verjährungsfrist in b2b-Verträgen

Im Bereich der b2b-Verträge findet lediglich eine «verdeckte» *Inhaltskontrolle* statt, die auf der Ungewöhnlichkeit der fraglichen Klausel fusst.⁷⁷¹ Da vertragliche Regelungen zur Sachmängelgewährleistung, gerade auch in zeitlicher Hinsicht, in der Praxis weit verbreitet sind, wird sich der gewerblich tätige Käufer auf diesem Weg nur schwer gegen solche Klausel wehren können. Da zudem die Mindestverjährungsfristen des Art. 210 Abs. 4 OR bei b2b-Verträgen nicht zur Anwendung gelangen, kann der gewerblich tätige Käufer auch hieraus keinen Schutz ableiten.

Aufgrund vorstehender Erwägungen sollte es im b2b-Bereich den Parteien möglich sein, die Verjährungsfrist auch mittels AGB bis an die Schwelle der Rechtsmissbräuchlichkeit zu verkürzen.⁷⁷² Diese Schwelle ist erst dann überschritten, wenn der Kaufvertrag dem Käufer zwar Sachmängelgewährleistungsrechte zubilligt, die Frist zu deren klageweiser Durchsetzung aber so kurz ausfällt, dass die Wahrnehmung der Sachmängelgewährleistungsrechte faktisch verunmöglicht bzw. die Rechtsverfolgung in unbilliger Weise – d.h. in einer gegen Treu und Glauben verstossenden Weise – erschwert wird. Eine Verkürzung im erwähnten Ausmass wäre jedoch selbst in einem b2b-

769S.o. S. 116.

770Vgl. KELLER/SIEHR, 116.

771S.o. S. 60 ff. u. 85.

772S.o. S. 134 ff.

Vertrag wohl als ungewöhnlich zu taxieren, womit die Klausel gar nicht vom Konsens der Parteien gedeckt wäre und nicht zum Vertragsinhalt erhoben würde.⁷⁷³

Hinsichtlich der Zulässigkeit einer Verkürzung macht es für den gewerblich tätigen Käufer kaum einen Unterschied, ob eine Verkürzung der Verjährungsfrist nach Art. 210 Abs. 1 OR individuell ausgehandelt oder mittels AGB vereinbart wird, da beides bis zur Grenze der Rechtsmissbräuchlichkeit möglich ist. Einzig hinsichtlich der Rechtsfolgen besteht ein Unterschied zwischen der ungültigen Individualvereinbarung und der ungültigen AGB-Klausel. Während eine ungültige Individualvereinbarung auf das gesetzlich zulässige Mass reduziert würde,⁷⁷⁴ hätte die Ungewöhnlichkeit einer AGB-Klausel deren gänzliche Unwirksamkeit zur Folge, da sie nicht vom Konsens der Parteien erfasst war und somit nie Vertragsbestandteil wurde.⁷⁷⁵ Sie könnte somit auch nicht geltungserhaltend reduziert werden.

4. Verkürzung der Verjährungsfrist in b2c-Verträgen

Verkürzt der Verkäufer in einem Vertrag mit einem Konsumenten die gesetzliche Verjährungsfrist von Art. 210 Abs. 1 OR mittels AGB, stellt sich die Frage, ob diese vertragliche Regelung der Sachmängelgewährleistung mit Art. 8 UWG vereinbar ist.

4.1 Zwingende Mindestverjährungsfrist bei neuen Sachen

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass bei b2c-Verträgen über den Verkauf neuer Sachen⁷⁷⁶ ohnehin eine zwingende Mindestverjährungsfrist von zwei Jahren besteht (Art. 210 Abs. 4 lit. a 1. Teilsatz OR). Damit verbleibt in diesem Bereich kein Raum für Abänderungen der gesetzlichen Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 1 OR. Eine anderslautende Regelung in AGB würde gegen zwingendes Recht verstossen und wäre damit auch immer missbräuch-

⁷⁷³Vgl. o. S. 60 ff.

⁷⁷⁴S.o. S. 157.

⁷⁷⁵BGE 133 III 607, 610 E. 2.2.; BGE 119 II 443, 446 E. 1.a);

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Rz. 1136 ff. m.w.H.

⁷⁷⁶Zur Einteilung, wann eine Sache als «neu» bzw. «gebraucht» verkauft gilt s.o. S. 154 f.

lich im Sinne von Art. 8 UWG.⁷⁷⁷ Daher reduziert sich die Frage der Verkürzungsmöglichkeit auf den Verkauf von «gebrauchten» Sachen.

4.2 Verkürzung bei gebrauchten Sachen

Eine Verkürzung der in Art. 210 Abs. 1 OR geregelten Verjährungsfrist bedeutet für den Käufer eine zunehmende Verschlechterung seiner Rechtsstellung, je kürzer die Frist ausfällt, da sich der Zeitraum zwischen dem Zeitpunkt, in dem er die Ware erhält und dem Zeitpunkt bis zu welchem er noch eine Klage auf Sachmängelgewährleistung erheben kann, verkleinert.⁷⁷⁸ Für den Verkäufer geht es dabei um den Aspekt der zeitlichen Risikobeschränkung.

a Feststellung des erheblichen Missverhältnisses

Verkürzt der Verkäufer die Verjährungsfrist nun auf die zwingende Minimalverjährungsfrist von einem Jahr (vgl. Art. 210 Abs. 4 lit. a 2. Teilsatz OR), was eine Reduktion um nicht weniger als 50 % der gesetzlichen Verjährungsfrist nach Art. 210 Abs. 1 OR darstellt, weicht er in krasser Weise vom dispositiven Recht ab, womit er ein erhebliches Missverhältnis im Sinne von Art. 8 UWG bewirkt. Es stellt sich sodann die Frage, ob dieses Missverhältnis anderweitig kompensiert werden kann.

b Kompensation auf der Ebene der zeitlichen Risikobeschränkung

Da nach der hier vertretenen Auffassung nur eine enge Kompensation zulässig sein soll, kann ein Ausgleich nur durch eine Regel erfolgen, die einen engen Zusammenhang zur nachteiligen Abänderung aufweist. Wie erwähnt, geht es bei der Verkürzung der Verjährungsfrist um den Aspekt der zeitlichen Risikobeschränkung der Sachmängelgewährleistungspflicht des Verkäufers. Die zeitliche Risikobeschränkung umfasst im Bereich der Sachmängelgewährleistung neben der Verjährungsfrist auch die strengen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten, welche die gesetzlichen Regeln der Sachmängelgewährleistung vorschreiben. Verkürzt der Verkäufer nun die Verjährungsfrist, lockert er aber gleichzeitig die Prüfungs- und Rügevorschriften, zugunsten des Käufers, sollte er das durch die Verkürzung der Verjährungsfrist entstandene Missverhältnis m.E. rechtsgenügend kompensieren können.

⁷⁷⁷S.o. S. 59.

⁷⁷⁸Vgl. MEYER, N 208.

c Rechtsfolgen bei ungenügender Kompensation

Würde die zweijährige Verjährungsfrist nach Art. 210 Abs. 1 OR dagegen mittels AGB erheblich verkürzt und dies nicht durch eine entsprechende Erweiterung des zeitlichen Aspekts der Sachmängelgewährleistung kompensiert, läge ein Verstoss gegen Art. 8 UWG vor, womit die Vereinbarung nichtig wäre.⁷⁷⁹ An ihre Stelle träte dispositives Gesetzesrecht, was m.E. bedeuten würde, dass die gesetzliche Verjährungsfrist nach Art. 210 Abs. 1 OR zur Anwendung gelangen müsste.

Gleiches muss im Übrigen gelten, wenn der Verkäufer einer gebrauchten Sache die einjährige Minimalfrist nach Art. 210 Abs. 4 lit. a 2. Teilsatz OR mittels AGB unterschreitet. Eine solche Klausel würde wiederum gegen zwingendes Recht verstossen und wäre damit missbräuchlich im Sinne von Art. 8 UWG. Da Art. 210 Abs. 4 lit. a 2. Teilsatz OR zudem nur eine Mindestverjährungsfrist vorgibt, die aber nicht automatisch beim Verkauf gebrauchter Sachen gilt, sondern nur die Möglichkeit einer vertraglichen Verkürzung der Verjährungsfrist beschränkt, kommt, wo die Parteien nichts vereinbart haben, die Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 1 OR zur Anwendung. Daher kann im Bereich des AGB-Rechts, wo eine Reduktion auf das gesetzlich zulässige Mindestmass aus Präventionsgründen ausgeschlossen ist, eben auch nur die Verjährungsfrist nach Art. 210 Abs. 1 OR an die Stelle einer ungültigen AGB-Klausel treten.

5. Verkürzung der Verjährungsfristen in c2c-Verträgen

Bei c2c-Verträgen gelangt zwar Art. 210 Abs. 4 OR nicht zur Anwendung, wohl aber Art. 8 UWG, sofern der Verkäufer die gesetzlichen Verjährungsfrist nach Art. 210 Abs. 1 OR mittels AGB verkürzt. Die Frage der Zulässigkeit solcher Verkürzungen beantwortet sich grundsätzlich gleich wie bei b2c-Verträgen mit der Ausnahme, dass der Verkäufer an keine zwingenden Mindestverjährungsfristen gebunden ist. Er kann somit sowohl beim Verkauf von neuen Sachen als auch beim Verkauf von gebrauchten Sachen die gesetzliche Verjährungsfrist nach Art. 210 Abs. 1 OR verkürzen, solange er gleichzeitig die Prüfungs- und Rügevorschriften zugunsten des Käufers lockert, um das

⁷⁷⁹S.o. S. 96 f.

durch die Verkürzung bewirkte Missverhältnis hinsichtlich der zeitlichen Komponente der Sachmängelgewährleistung wieder auszugleichen.⁷⁸⁰

6. Einzelfragen

6.1 *Genehmigung des Mangels infolge Weitergebrauchs*

Ob eine AGB-Klausel, wonach der Weitergebrauch einer Sache nach erfolgter Mängelanzeige automatisch die Genehmigung des Mangels zur Folge habe, der offenen Inhaltskontrolle von Art. 8 UWG standhalten würde, erscheint fraglich.

Für den Fall der Wandelung erscheint eine Klausel, wonach Weiterbenützung die Genehmigung des Mangels zur Folge hat, insofern vertretbar, als mit der Wahl des Wandelungsrechts der Wunsch nach Rückabwicklung des Vertrags (Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands) ausgedrückt wird. Die weitere Benützung der Kaufsache stellt insofern ein widersprüchliches Verhalten zur zuvor getätigten Wandelungserklärung dar. Ausserdem besteht die Gefahr, dass die Sache sich infolge des Weitergebrauchs weiter verschlechtert und an Wert verliert.⁷⁸¹ Anders verhielte es sich m.E. bei der Minderung, bei deren Wahl der Käufer grundsätzlich am Kaufvertrag festhalten möchte, aber aufgrund des Mangels eine Reduktion des Kaufpreises verlangt. Hier widerspricht ein Weiterbenützen der Kaufsache nicht der gewählten Rechtsfolge, sodass aus der Weiterbenützung nicht ohne Weiteres auf eine Genehmigung des Mangels geschlossen werden dürfte. Eine solche Einschränkung stellt nach meinem Dafürhalten eine Erschwerung der Rechtsdurchsetzung zum Nachteil des Käufers dar, welche grundsätzlich geeignet wäre, ein erhebliches Missverhältnis im Sinne von Art. 8 UWG zu bewirken.

6.2 *Vereinbarung des Ersatzlieferungsrechts zugunsten des Verkäufers beim Distanzkauf*

Eine AGB-Klausel, wonach das Ersatzlieferungsrecht des Verkäufers von Gattungsware, diesem entgegen Art. 206 Abs. 2 OR auch beim Distanzkauf offen stehen soll, ist im Umfang, wie es von der herrschenden Lehre ohnehin befürwortet wird, auch unter dem Gesichtspunkt der Inhaltskontrolle unprob-

⁷⁸⁰Vgl. o. S. 171.

⁷⁸¹ Vgl. BSK OR-HONSELL, Art. 207 N 2 ff. m.w.H.

lematisch, da der Käufer seine Gewährleistungsrechte nicht verliert, wenn die Ersatzlieferung scheitert. Voraussetzung ist jedoch, dass die Ersatzlieferung sofort erfolgt und dem Käufer keine zusätzlichen Belastungen, insbesondere Kosten oder Gefahrtragungsrisiken, überbunden werden.

Vierter Teil:

Schlussbetrachtung

§ 9 Zusammenfassung und Ergebnisse

I. Art. 8 UWG im Kontext der europäischen Entwicklungen

Allgemeine Geschäftsbedingungen bilden jene Vertragsbedingungen, die von einer Vertragspartei einseitig vorformuliert werden, um damit eine Vielzahl künftiger Verträge mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragspartnern zu regeln. Neben weiteren Funktionen eignen sich AGB besonders zur Interessendurchsetzung des AGB-Verwenders. Zusammen mit dem Umstand, dass in vielen Geschäftsbereichen nur ein unzureichender Konditionenwettbewerb stattfindet, ergibt sich das Problem, dass AGB-Verwender Geschäftsrisiken zum Nachteil ihrer Kunden auf diese überwälzen. Aus diesem Grund sah der Gesetzgeber einen Kontrollbedarf, wo Verträge unter Einbezug von AGB geschlossen werden. Eine jüngere Entwicklung in dieser Hinsicht stellt der Erlass von Art. 8 UWG dar, mit dem der Schweizer Gesetzgeber erstmals die Möglichkeit geschaffen hat, potentiell missbräuchliche – weil besonders einseitige – AGB einer offenen Inhaltskontrolle zu unterziehen.

Obschon Art. 8 UWG eindeutig durch das Europäische Unionsrecht inspiriert wurde, liegt nach der hier vertretenen Ansicht kein Fall autonomen Nachvollzugs vor, der eine Berücksichtigungspflicht europäischen Rechts bei der Auslegung begründen würde. Europäisches Unionsrecht und dessen Umsetzungsgesetzgebung in den jeweiligen Mitgliedstaaten kann allerdings bei einer Lückenfüllung als zusätzliches Auslegungselement rechtsvergleichend berücksichtigt werden.

In der europäischen Rechtsentwicklung zeichnet sich in der jüngeren Vergangenheit ein Trend zu einer gerichtlichen Inhaltskontrolle in allen Geschäftsbereichen ab. So sehen die untersuchten Softlawtexte jeweils eine (offene) Inhaltskontrolle auch ausserhalb von b2c-Verträgen vor. Allen gemein ist, dass das kontrollauslösende Kriterium in der *Verwendung nicht individuell ausgehandelter Vertragsbedingungen* liegt, was eine Erweiterung gegenüber dem AGB-Begriff darstellt, da das Kriterium der Mehrfachverwendungsabsicht entfällt. Subjektiven Merkmalen der Parteien, wie etwa ob es sich um Konsumenten oder gewerblich agierende Parteien handelt, wird sodann erst auf einer zweiten Ebene begegnet, wo es um die Anwendung

eines mehr oder weniger strikten Kontrollmassstabs der Inhaltskontrolle geht.

II. AGB-Kontrolle nach schweizerischem Recht

Das Schweizer AGB-Recht besteht im Unterschied zum europäischen Umland hauptsächlich aus Auslegungsgrundsätzen, welche von Lehre und Rechtsprechung aus dem allgemeinen Vertragsrecht herausentwickelt wurden. Die Inhaltskontrolle ist zudem in doppelter Hinsicht dualistisch ausgestaltet. Einerseits findet im Bereich der b2c- und c2c-Verträge mit Art. 8 UWG neuerdings zusätzlich eine offene Inhaltskontrolle statt, wogegen Art. 8 UWG im Bereich der b2b-Verträge keine Anwendung findet und lediglich eine «verdeckte» Inhaltskontrolle über die Ungewöhnlichkeitsregel – wie sie bereits vor Erlass von Art. 8 UWG Bestand hatte – praktiziert wird. Andererseits stellt die offene Inhaltskontrolle gemäss Art. 8 UWG sowohl ein vertrags- als auch ein lauterkeitsrechtliches Kontrollinstrument dar. Es kann somit nicht nur der Konsument als Vertragspartei eine Verletzung von Art. 8 UWG geltend machen, sondern es können auch bestimmte Organisationen – insb. Konsumentenschutzorganisationen – sowie der Bund gegen stark einseitig formulierte AGB klagen (Art. 10 UWG), ohne dass es hierzu eines Vertragsverhältnisses mit dem AGB-Verwender bedürfte. Solche lauterkeitsrechtlichen Abwehrklagen (vgl. Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG) zielen auf eine abstrakte Klauselkontrolle und die Beseitigung von missbräuchlichen AGB-Klauseln. Die Möglichkeit einer abstrakten Inhaltskontrolle von potentiell missbräuchlichen AGB hat sodann Auswirkungen auf die Art, wie AGB auszulegen sind.

AGB werden nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung bis heute – gleich wie Individualabreden – *einzelfallbezogen* ausgelegt. Angesichts der Revision von Art. 8 UWG fragt sich aber, ob auch zukünftig eine subjektive Auslegung von AGB stattfinden muss. Nach der hier vertretenen Auffassung sollten AGB inskünftig anhand objektiver Massstäbe ausgelegt werden. Nur eine objektive Auslegung von AGB garantiert, dass sowohl im Falle einer abstrakten als auch einer konkreten Inhaltskontrolle stets das gleiche Auslegungsergebnis der Inhaltskontrolle unterzogen wird, was einheitliche Ergebnisse und eine kohärente AGB-Kontrolle sicherstellt, die für alle Beteiligten Rechtssicherheit zu schaffen vermag. Weiter sollte die Anwendbarkeit des Restriktionsprinzips, wonach unklare AGB eng auszulegen sind, überdacht werden, da das Restriktionsprinzip geeignet ist, potentiell missbräuchliche AGB kontrollfest zu machen.

Die Schweizer AGB-Inhaltskontrolle reicht unterschiedlich weit, je nachdem, ob es sich um einen Konsumentenvertrag (b2c, c2c) oder um einen Vertrag zweier gewerblich agierender Parteien (b2b) handelt. Im Bereich der Konsumentenverträge wurde mit Art. 8 UWG eine «offene» Inhaltskontrolle normiert, welche es den Konsumenten erlaubt, AGB-Klauseln, die das Äquivalenzverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten stören, auf ihre Missbräuchlichkeit überprüfen zu lassen. Im Bereich der b2b-Verträge besteht diese Möglichkeit dagegen nicht, da der Anwendungsbereich von Art. 8 UWG im Zuge seiner Novellierung auf Konsumentenverträge eingeschränkt wurde. Hier verbleibt den Parteien einzig eine „verdeckte“ Inhaltskontrolle mittels der Ungewöhnlichkeitsregel, wie sie das Bundesgericht schon bisher für alle Marktteilnehmer praktizierte.

Über die Rechtsnatur von Art. 8 UWG ist sich die Lehre noch nicht einig. Während manche Autoren für eine (teilweise) konkrete Natur plädieren, sollte die Prüfung nach der hier vertretenen Auffassung stets abstrakt erfolgen. Der wichtigste Grund für eine abstrakte Klauselbetrachtung ist jener, dass Art. 8 UWG nach herrschender Ansicht sowohl ein vertragsrechtliches als auch ein lauterkeitsrechtliches Kontrollinstrument sein soll. Im Bereich des Lauterkeitsrechts kann eine Klauselprüfung aber nur abstrakt erfolgen, da es an einem konkreten Vertragsverhältnis fehlt. Würden im Rahmen einer vertragsrechtlichen Prüfung nun individuelle Umstände mitberücksichtigt, führte dies wohl regelmässig zu abweichenden Prüfungsergebnissen. Dies wiederum widerspräche aber dem obersten Ziel der Revision von Art. 8 UWG, nämlich der Eindämmung missbräuchlicher AGB im Rechtsverkehr.

Auch über die Gewichtung und Reihenfolge der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen besteht gegenwärtig noch Uneinigkeit. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte eine Klauselkontrolle in zwei wesentlichen Schritten erfolgen:

In einem ersten Schritt gilt es festzustellen, ob die in Frage stehende Klausel ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien bewirkt. Dazu dient als Referenzsystem das dispositive Gesetzesrecht, bzw. wo ein Innominatvertrag vorliegt, die Vertragsnatur. Bei der Prüfung der Erheblichkeit kann sodann auf den hinter der dispositiven Norm stehenden Ordnungswillen des Gesetzgebers abgestellt werden. Handelt es sich bei der dispositiven Bestimmung um eine materielle Ordnungsnorm, welcher gesetzgeberische Gerechtigkeitsvorstellungen oder gar fürsorgereiche Motive zugrunde liegen, kann schon eine geringe Abweichung ein

erhebliches Missverhältnis bewirken. Andernfalls bedarf es einer krassen Abweichung und entsprechenden Auswirkungen, um das Kriterium der Erheblichkeit zu erfüllen. Als Grundregel kann hier gelten: Je bedeutsamer ein Recht für die jeweiligen Vertragsparteien ist, desto geringer sind die Anforderungen an die Erheblichkeit des Missverhältnisses. Kommt man zum Schluss, dass ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten besteht, impliziert dies ein treuwidriges Verhalten im Sinne von Art. 8 UWG. Die Beweislast hinsichtlich Vorliegen eines erheblichen Missverhältnisses obliegt dem Klauseladressaten.

In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob das erhebliche Missverhältnis z.B. aus Gründen der Risikobeherrschung oder des Vertragscharakters ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Hier stellt sich v.a. auch die Frage, ob eine nachteilige Klausel mit einer anderen für den Kunden vorteilhaften Klausel kompensiert werden kann. Solche Kompensationen sollten nach der hier vertretenen Auffassung maximal in einem streng begrenzten Rahmen zulässig sein. Dies ist etwa dann der Fall, wenn zwischen den beiden Klauseln ein enger Sachzusammenhang besteht und die begünstigende Klausel dem AGB-Adressaten einen konkreten Vorteil beschert, sodass die nachteilige Klausel ausgeglichen wird. Die Beweislast hinsichtlich Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes obliegt dem Klauselverwender.

Existieren keine Rechtfertigungsgründe, ist das erhebliche Missverhältnis ungerechtfertigt und es liegt eine missbräuchliche Klausel im Sinne von Art. 8 UWG vor. Gemäss dem Gesetzeswortlaut stellt die Verwendung einer missbräuchlichen Klausel ein unlauteres Handeln des AGB-Verwenders dar. Das unlautere Verhalten hat wiederum die Widerrechtlichkeit der Klausel zur Folge (Art. 2 UWG). Zivilrechtlich bedeutet dies nichts anderes, als dass die fragliche Klausel nichtig im Sinne von Art. 20 OR ist. Eine Reduktion des Klauselinhalts auf das gesetzlich zulässige Mass ist aufgrund des Schutzzwecks von Art. 8 UWG abzulehnen. Hinsichtlich des restlichen Vertrags besteht Teilnichtigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR. In die entstandene Vertragslücke springt das dispositive Gesetzesrecht bzw. eine vom Richter *modo legislatoris* geschaffene Regel.

III. Vertragliche Regelungen kaufrechtlicher Sachmängelgewährleistung

Schliessen zwei Parteien einen Kaufvertrag und weist die gelieferte Kaufsache einen Sachmangel auf, der bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs

existierte, kann der Käufer unter Einhaltung entsprechender Prüfungs- und Rügeobliegenheiten zwischen verschiedenen gesetzlichen Gewährleistungsrechten (Wandelung, Minderung sowie beim Gattungskauf Ersatzleistung) wählen. Ausserdem steht ihm kumulativ jeweils der Anspruch auf Schadenersatz zu. Ferner können die Parteien auch die Wahl eines Nachbesserungsrechts vereinbaren. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Sachmängelgewährleistung sind mit wenigen Ausnahmen (Art. 199, Art. 210 Abs. 4–6 OR) *dispositiver* Natur. Dies bedeutet, dass die Parteien in ihrem Kaufvertrag vertragliche Regelungen zur Sachmängelgewährleistung vorsehen können. Solche Vereinbarungen können sowohl durch individuelle Abrede als auch durch die Übernahme von AGB zustandekommen. Beide Varianten sind sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend möglich.

Bedienen sich die Parteien einer *Individualvereinbarung* können die Parteien eines Kaufvertrags – unabhängig davon, ob es sich um einen b2b-, b2c- oder c2c-Vertrag handelt – die gesetzliche Gewährleistungsordnung grundsätzlich wegbedingen bzw. abändern. Es gelten aber folgende nachstehende Einschränkungen:

- Freizeichnungsklauseln sind hinsichtlich jener Mängel ungültig, die der Verkäufer dem Käufer arglistig verschwiegen hat (Art. 199 OR).
- Freizeichnungsklauseln sind ungültig, soweit sie sich auf zugesicherte Eigenschaften beziehen.
- Freizeichnungsklauseln sind ungültig, soweit sie sich auch auf Absicht oder grob fahrlässiges Verhalten des Verkäufers erstrecken (parallele Anwendbarkeit von Art. 199 und 100 Abs. 1 OR).
- Eine Verkürzung der Verjährungsfristen des Art. 210 OR ist in b2c-Verträgen beim Verkauf «neuer» Sachen generell ungültig, bei «gebrauchten Sachen» ist sie soweit ungültig, als sie die gesetzliche Minimalfrist von einem Jahr unterschreitet.
- Eine Verkürzung der Verjährungsfristen des Art. 210 OR ist in b2b- und c2c-Verträgen ungültig, sofern sie die Rechtsverfolgung des Käufers in unbilligerweise erschwert. Mithin ist eine individualvertragliche Verkürzung bis an die Schwelle der Rechtsmissbräuchlichkeit zulässig.

- Eine Verlängerung der Verjährungsfrist ist ungültig, soweit sie die vom Bundesgericht festgelegte Maximalgrenze von zehn Jahren übersteigt.

In Bezug auf vertragliche Regelungen zur Sachmängelgewährleistung in AGB ist festzuhalten, dass sie zunächst den gleichen Einschränkungen wie bei der Individualvereinbarung unterliegen. Hinzu kommen weitere durch das AGB-Recht begründete Aspekte, insbesondere müssen Freizeichungsklauseln der Geltungs-, Auslegungs- und Inhaltskontrolle standhalten. Wurden die AGB korrekt einbezogen und ist Umfang und Inhalt im Rahmen der Auslegung festgestellt worden, muss hinsichtlich der Inhaltskontrolle zwischen b2b-Verträgen und b2c- bzw. c2c-Verträgen unterschieden werden.

Im Bereich der b2b-Verträge findet lediglich eine «verdeckte» Inhaltskontrolle statt, die auf der Ungewöhnlichkeit der fraglichen Klausel fusst. Da vertragliche Regelungen zur Sachmängelgewährleistung, insbesondere Gewährleistungsausschlüsse, in der Praxis weit verbreitet sind, wird sich der gewerblich tätige Käufer auf diesem Weg allerdings nur schwer auf die Ungewöhnlichkeit einer solchen Klausel berufen können. Sollte die Ungewöhnlichkeit einer Freizeichungsklausel dennoch einmal bejaht werden, hat dies deren Unwirksamkeit zur Folge, da sie nicht vom Konsens der Parteien erfasst war und somit nicht Vertragsbestandteil wurde.

Betreffend b2c- und c2c-Verträge, die als solche in den Anwendungsbereich von Art. 8 UWG fallen, ist dagegen festzuhalten, dass eine generelle Wegbedingung der gesetzlichen Gewährleistungsordnung grundsätzlich ein erhebliches Missverhältnis im Sinne von Art. 8 UWG begründet und somit prinzipiell unzulässig ist. Allerdings kann nach der hier vertretenen Meinung ein solcher Gewährleistungsausschluss durch besondere Umstände kompensiert werden, wobei eine Kompensation nur in einem engen sachlichen Zusammenhang möglich sein soll und zudem eines konkreten Vorteils bedarf, es sich mithin um einen echten Ausgleich des Missverhältnisses handelt. Dabei ist primär an die Gewährung eines exklusiven Nachbesserungsrechts oder an ein Garantieversprechen zu denken. Massgeblich ist dabei stets, dass dem Käufer eine im Vergleich zur gesetzlichen Gewährleistungsordnung gleichwertige Rechtsstellung eingeräumt wird. Ein pauschale Beantwortung der Kompensationsfrage ist indessen gar nicht möglich, da je nach Art der Vereinbarung ein Nachbesserungsrecht bzw. ein Garantieverprechen an unterschiedliche bzw. zusätzliche Voraussetzungen geknüpft sein kann. Ob ein Nachbesserungsrecht bzw. eine Garantie eine ausreichende Kompensation

für die Wegbedingung der gesetzlichen Sachmängelgewährleistungsrechte darstellt, hängt somit von deren Geltungsvoraussetzungen, deren inhaltlicher Ausgestaltung, sowie deren Verjährung ab.

Allein der Umstand, dass der Käufer nicht mehr zwischen einzelnen Gewährleistungsrechten (insb. Wandelung/Minderung) wählen kann, vermag nach der hier vertretenen Auffassung noch kein erhebliches Missverhältnis zu begründen.

In Bezug auf die Verkürzung der Verjährungsfrist mittels AGB muss wiederum unterschieden werden, ob es sich um b2b-Verträge (weder Art. 210 Abs. 4 OR noch Art. 8 UWG sind anwendbar), b2c-Verträge (Art. 210 Abs. 4 OR und Art. 8 UWG sind beide anwendbar) oder c2c-Verträge (Art. 210 Abs. 4 OR ist nicht anwendbar, Art. 8 UWG ist anwendbar) handelt:

- In b2b-Verträgen wäre eine Verkürzung der Verjährungsfrist prinzipiell bis an die Schwelle der Rechtsmissbräuchlichkeit zulässig, wobei darauf hinzuweisen ist, dass eine verkürzte Verjährungsfrist in zunehmendem Masse auch ungewöhnlich sein dürfte und daher an der «verdeckten Inhaltskontrolle» scheitern könnte.
- In b2c-Verträgen beschränkt sich die Frage der Verkürzungsmöglichkeit auf Kaufverträge über «gebrauchte» Sachen, da Art. 210 Abs. 4 OR eine Verkürzung der Verjährungsfrist bei «neuen» Sachen ausschliesst. Da eine Verkürzung mit zunehmendem Mass ein erhebliches Missverhältniss im Sinne von Art. 8 UWG bewirkt, ist sie nur zulässig, wenn sie durch eine für den Käufer vorteilhafte Regel – etwa eine verlängerte Rügefrist – kompensiert wird.
- In Bezug auf c2c-Verträge beantwortet sich Frage der Zulässigkeit einer Verkürzung grundsätzlich gleich wie bei b2c-Verträgen mit der Ausnahme, dass der Verkäufer an keine zwingenden Mindestverjährungsfristen gebunden ist. Er kann somit sowohl beim Verkauf von neuen Sachen als auch beim Verkauf von gebrauchten Sachen die gesetzliche Verjährungsfrist nach Art. 210 Abs. 1 OR verkürzen, solange er gleichzeitig die Prüfungs- und Rügevorschriften zugunsten des Käufers lockert, um das durch eine Verkürzung der Verjährungsfrist entstandene Missverhältnis hinsichtlich der zeitlichen Komponente der Sachmängelgewährleistung wieder auszugleichen.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen unzulässiger Abänderungen von den gesetzlichen Regeln der Sachmängelgewährleistung ist wiederum zu unterscheiden, ob es sich um eine unzulässige Individualvereinbarung oder ob es sich um eine unzulässige AGB-Klausel handelt. Während rechtswidrige Individualvereinbarungen prinzipiell auf das gesetzlich zulässige Mass reduziert werden dürfen, ist diese Möglichkeit nach der hier vertretenen Auffassung im Bereich des AGB-Rechts aus präventiven Gründen ausgeschlossen. An die Stelle einer nichtigen AGB-Klausel tritt das dispositives Gesetzesrecht.

Andreas Schirmacher studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Nach seinem Abschluss arbeitete er erst als Lehrstuhlassistant bei Prof. Dr. Wolfgang Ernst, bevor er 2014 an das Bezirksgericht Zürich wechselte, wo er zunächst als Auditor und später als Gerichtsschreiber arbeitete. Derzeit ist er als Gerichtsschreiber am Kantonsgericht Schaffhausen tätig.